

# El control judicial de las sanciones administrativas en el convenio europeo de derechos humanos

*Prudencio Moreno Trapiella<sup>1</sup>*

**Sumario:** I. EL CONVENIO EUROPEO Y LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. 1. Presupuesto de la aplicación del artículo 6 del Convenio: la existencia de un procedimiento “civil” o “penal”. 2. El recurso de “plena jurisdicción” aplicado al control de las sanciones “penales”. II. LA INTEGRACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES DEL DERECHO A UN RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN. 1. La garantía de un recurso de plena jurisdicción frente a las sanciones administrativas: la lección francesa. 2. El concepto de “plena jurisdicción” en la jurisprudencia del Consejo de Estado: los Informes Houdmondy Fatell. 3. La Sentencia Corte de Casación francesa Ferreira c. Direction Générale des Impôts. III. LA APLICACIÓN DEL ART. 6 EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. 1. La aplicación del artículo 6 a las llamadas “jurisdicciones administrativas especiales”. 2. La aplicación del art. 6 del convenio a los procedimientos administrativos. El Arrêt Haddad de la Corte de Casación. 3. El Consejo de Estado: el Arrêt Didier. 4. El alcance y repercusiones del Arrêt Didier. IV. EL CEDH Y EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL. 1. La revisión de las sanciones administrativas. 2. La individualización de las sanciones administrativas.

## I. EL CONVENIO EUROPEO Y LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Abordaremos en este trabajo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos en torno al artículo 6 del Convenio, en concreto al alcance del control judicial de las sanciones administrativas. Tras el análisis de la jurisprudencia europea, realizaremos una incursión en el Derecho comparado, concretamente en el ordenamiento francés, el ordenamiento más directamente concernido por esta jurisprudencia. La última parte la dedicaremos a tratar de avanzar en las implicaciones y requerimientos que esta doctrina jurisprudencial plantea en el sistema sancionador administrativo español.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho.

Inicialmente el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH) no estaba concebido para ser aplicado a las sanciones administrativas sino que regula el derecho a un derecho equitativo en los procesos jurisdiccionales de tipo “civil” o “penal”.

Este precepto, como se sabe, exige que la imposición de penas quede atribuida a los tribunales, en concreto establece que: *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)”*.

De este modo se consagra el *derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial en un proceso equitativo*, siempre que se trate de un asunto de naturaleza “civil” o se sea objeto de una “acusación penal”. El TEDH considera que desde el punto de vista del Convenio tienen naturaleza “penal” todas aquellas medidas que aunque aplicadas por la Administración sean a la vez *represivas y preventivas*, siempre que estén dirigidas al conjunto de los ciudadanos.

Por paradójico que pueda parecer, no es incompatible con el Convenio el que la Administración imponga “penas”. El Tribunal europeo considera que el Convenio no contiene ninguna regla que excluya, por principio, que un órgano de tipo administrativo pueda adoptar una decisión materialmente penal.

Lo que sí sería contrario al Convenio –afirma el Tribunal– es que los Estados, por el sólo hecho de calificar una infracción como administrativa en lugar de penal, pudieran declarar inaplicables las cláusulas de los artículos 6 y 7 del Convenio, consiguiendo de este modo sustraerse a las exigencias de los mencionados preceptos, pues con ello se desvirtuaría el objeto y la finalidad del Convenio.

La existencia de una potestad sancionadora autónoma en manos de la Administración queda subordinada a la instauración de un posterior recurso de “plena jurisdicción”, es decir, a la existencia de un órgano judicial competente para ejercer un control extenso, incluida la adecuación entre la gravedad de la sanción y la infracción que la ha motivado.

Cuando una conducta deja de ser ilícito penal para pasar a ser ilícito administrativo, como contrapartida habrá de garantizarse la existencia de un proceso “equitativo”, bien en el procedimiento administrativo sancionador, bien en el eventual proceso contencioso-administrativo.

### **1. Presupuesto de la aplicación del artículo 6 del Convenio: la existencia de un procedimiento “civil” o “penal”**

La primera tarea a abordar en todo estudio sobre el derecho a un “procedimiento equitativo” es la de la propia aplicabilidad del art. 6 del Convenio, es decir, deter-

minar cuándo aparece concernido un derecho de naturaleza “civil” o “penal”, en el bien entendido que estas dos nociones tienen en el seno del Convenio un contenido propio que no necesariamente coincide con el atribuido a las mismas en los Derechos nacionales.

A la hora de interpretar la noción “acusación penal”, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han optado por una concepción material de la misma. El Tribunal a la hora de determinar si una medida pertenece al ámbito “penal” utiliza tres parámetros diferentes.

El primer factor que toma en consideración es la *calificación jurídica dada por el Derecho del Estado demandado*. El Tribunal atribuye un “valor limitado” a este criterio y lo suele acompañar del examen de la definición dada a la medida en las “legislaciones respectivas de los diversos Estados partes”.

El criterio al que atribuye un mayor peso es el relativo a *la naturaleza de la infracción*. En el caso de las sanciones aplicables al común de los ciudadanos (por contraposición a las normas dirigidas a grupos particulares, militares, presos, funcionarios, profesionales liberales) el TEDH analizará si la misma tienen una finalidad represiva. El Tribunal ha acuñado la fórmula según la cual la naturaleza penal de la infracción viene constituida “por el carácter general de la norma y la finalidad a la vez *preventiva y represiva* de la sanción” (*S.Öztürk*).

El tercer elemento tomado en consideración es la importancia de la sanción. Este criterio se suele invocar para distinguir las sanciones disciplinarias de las penales, es decir, en aquellos casos en que la medida analizada se dirige no al conjunto de la población sino a un grupo social particular.

Normalmente, cuando la medida analizada tiene carácter *represivo* y va dirigida al conjunto de los ciudadanos tendrá la consideración de “penal”, incluso en el caso de que la sanción a imponer sea de carácter leve.

Constituye, por tanto, doctrina plenamente consolidada la de que la naturaleza “penal” de una sanción administrativa depende de tres criterios: la calificación de los hechos dada por el Derecho del Estado encausado, la naturaleza de la infracción, y la naturaleza y la gravedad de la sanción impuesta (*SS. Engel c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976; *Dewer c. Bélgica*, de 27 de febrero de 1980; *Öztürk c. Alemania*, de 21 de febrero de 1984; y *Campbell et Fell c. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984).

Si bien el Tribunal suele emplear estos tres criterios de modo alternativo, en ocasiones, los ha empleado cumulativamente. El TEDH ha señalado que si bien considerados aisladamente ninguno de los criterios utilizados habitualmente resulta decisivo, sin embargo, adicionados y combinados confieren una naturaleza penal al asunto (*S. Bendenoun c. Francia*, de 24 de febrero de 1994, § 47). En la Sentencia *Garyfallou*, precisará que aunque en el caso concreto utiliza el método alternativo en lo que con-

cierte a la naturaleza de la infracción y la naturaleza y la gravedad de la sanción, podrá no obstante utilizarlos conjuntamente cuando de un modo aislado no permitan establecer claramente la existencia de una acusación en materia penal (S. *Garyfallou Aebe c. Grecia*, de 24 de septiembre de 1997). El Tribunal europeo califica, por tanto, de penales aquellas medidas que sean a la vez *represivas* (que sancionen una infracción) y *preventivas* (que traten de disuadir al interesado de volver a infringir el ordenamiento), siempre que estén dirigidas al conjunto de los ciudadanos<sup>2</sup>.

## 2. El recurso de “plena jurisdicción” aplicado al control de las sanciones “penales”

En el caso de sanciones administrativas de naturaleza “penal”, la “plena jurisdicción” implica la existencia de un órgano jurisdiccional capaz de poder sustituir la decisión administrativa impugnada.

El origen de este concepto hay que situarlo en la necesidad de conjugar la existencia de un “tribunal” en todo proceso de imposición de sanciones y la constatación de la pervivencia de una potestad sancionadora autónoma en manos de la Administración. El TEDH ha adoptado una postura de compromiso: una aplicación estricta de la “teoría de la separación de poderes” hubiera implicado declarar contraria al art. 6 del convenio toda la potestad sancionadora de la Administración. Por ello, aunque ha admitido la imposición de “penas” por parte de la Administración, como contrapartida va a exigir la existencia de un control judicial de *plena jurisdicción*.

Por tanto, si el TEDH admite la intervención previa de órganos administrativos, ante los cuales obviamente no es posible garantizar el cumplimiento del conjunto de las prescripciones del derecho a un “procedimiento equitativo”, es a condición de que el individuo pueda instar la revisión de la decisión así tomada ante un tribunal de “plena jurisdicción”, que es tanto como proclamar la existencia de un juez competente para revisar tanto los hechos como la “pena” impuesta por la Administración.

Ha sido en una serie de procedimientos contra Austria cuando las Instituciones de Estrasburgo han perfilado el contenido del recurso de “plena jurisdicción” en materia penal (SS. *Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro, Pfarrmeier*, contra Austria, de 23 de octubre de 1995). Los órganos de Estrasburgo han afirmado expresamente que siempre que se trate de revisar una decisión administrativa de

---

<sup>2</sup> El Tribunal Constitucional español, tras los reparos iniciales, admitió el carácter punitivo de ciertos recargos tributarios: “De manera que, no existiendo una diferencia importante entre la cuantía de este recargo y la de las sanciones, debemos llegar a la conclusión de que este recargo cumple, además de las ya indicadas, la misma función de castigo que es propia de los actos sancionadores (...). Criterio éste que también fue uno de los que tuvo en cuenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a efectos de reconocer que a determinados recargos debían resultarles de aplicación las garantías que se deducen del art. 6 del Convenio (STEDH *Bendenoun c. Francia*, de 24 de febrero de 1994)” (STC 276/2000).

carácter sancionador, entre los poderes del juez administrativo de “plena jurisdicción” figura la posibilidad de *reformular* la sanción impuesta.

Estos asuntos se referían todos ellos a una serie de infracciones administrativas en materia de tráfico, tales como circular sin el cinturón de seguridad, negarse a realizar el test de alcoholemia, conducir en estado de ebriedad o con exceso de velocidad. A pesar de que en el Derecho austríaco estas infracciones eran consideradas administrativas, la Comisión y el Tribunal precisaron que se trataba, en realidad, de una “acusación penal”<sup>3</sup>.

El siguiente paso era analizar la posible violación del Convenio. Los conductores sancionados habían invocado invariablemente la violación del art. 6 por el Estado, por dos motivos: en primer término, por el control limitado de los hechos efectuado por la Corte Constitucional y la Corte administrativa austríacas y, de otra parte, por la ausencia de un poder de reforma en la Corte administrativa, la cual, en caso de anulación, no podía pronunciarse en lugar de la Administración, ya que simplemente podía anular la decisión con reenvío del asunto a la Administración para que resolviese de nuevo. Es claro, concluyen los demandantes, que en estas condiciones el control ejercido por la Corte administrativa es el simple control de legalidad, el cual no se puede reputar como de “plena jurisdicción”.

Siguiendo su doctrina tradicional, la Comisión recuerda que los recursos contra los actos administrativos solamente se acomodan al art. 6.1 del Convenio en la medida que corresponda su conocimiento a órganos jurisdiccionales de “plena jurisdicción”. Pero luego introduce una importante matización: la extensión del control judicial puede ser diferente según se trate de un asunto civil o penal, en los litigios relativos a una acusación de naturaleza penal el juez ha de disponer de los más amplios poderes en el examen del asunto. La precisión es importante, puesto que si bien en materia civil un control en cierto sentido restringido puede, en determinadas circunstancias, satisfacer las exigencias del art. 6, los asuntos penales podrían necesitar un planteamiento diferente; cuando se trate de asuntos de naturaleza penal “*nada puede limitar el alcance del control de las decisiones administrativas*” (Informe de la Comisión, *Schmautzer*, §§ 47-53)<sup>4</sup>.

3 Concretamente, en el asunto *Schmautzer* se le había impuesto por circular sin el cinturón de seguridad al Sr. Peter Schmautzer, el 1 de junio de 1987, por una “decisión penal”. La Dirección de Graz de la Policía Federal le había condenado al pago de una multa de 300 chelines austríacos, acompañada de una pena de 24 horas de prisión en caso de impago (Sentencia *Schmautzer*, § 6). “El Tribunal considera junto con la Comisión que si bien las infracciones litigiosas y los procedimientos aplicables en el caso pertenecen al ámbito administrativo, ellas presentan igualmente un carácter penal, el cual se refleja por otra parte en la terminología utilizada; así se habla en Derecho austríaco, de infracciones administrativas y del procedimiento administrativo penal. Por lo demás, la multa impuesta al interesado está acompañada, en caso de impago, de una pena privativa de libertad” (Sentencia *Schmautzer*, § 28).

4 Para la Comisión, los demandantes tienen derecho a un tribunal en disposición de examinar todos los hechos de la causa y de cuya garantía no se habían beneficiado, habiéndose producido, por tanto, una violación del derecho a un “tribunal” en el sentido del art. 6.1 (Informe de la Comisión en el asunto *Schmautzer*, § 53).

El TEDH, haciendo suya la tesis de la Comisión, señala que entre los poderes de “plena jurisdicción” figura la posibilidad de *reformular* la decisión administrativa impugnada:

“Conforme señala el Sr. Smautzer, ninguno de los órganos instados en el cuadro del procedimiento en cuestión puede ser tenido por un “tribunal” en el sentido del art. 6.1 (...) [y] se diría esto no solamente de las autoridades administrativas, sino también de la Corte constitucional (...) y sobre todo de la Corte administrativa. Ésta se encontraría, en efecto, vinculada por las constataciones de hecho efectuadas por las autoridades administrativas, excepto en la hipótesis de un vicio en el procedimiento en el sentido del art. 42.2, párrafo 3, de la Ley de la Corte administrativa. Ella no estaría, por tanto, habilitada ni a acoger medios de prueba, ni a establecer los hechos, ni a tomar en consideración nuevos elementos. *Además, en el supuesto de anulación de un acto administrativo, no podría pronunciarse en lugar de la autoridad censurada, sino que deberá siempre reenviarle el asunto. En suma, ejerce únicamente un control de legalidad que no se podría asimilar un contencioso de plena jurisdicción*” (S. *Schmautzer*, § 32).

A partir de esa constatación inicial, se llega a la fórmula luego muchas veces repetida:

“En relación con la competencia de la Corte administrativa [austríaca], ésta debe apreciarse teniendo en cuenta el hecho de que en el caso se trataba de un litigio de carácter penal en el sentido de la Convención. Su compatibilidad con el art. 6.1 se mide a la vista de los motivos planteados antedicha jurisdicción por el interesado, pero también a la luz de las características constitutivas de “un órgano judicial de plena jurisdicción”, entre las cuales figura el *poder de reformar, en todos sus puntos, de hecho como de derecho, la decisión dictada por el órgano inferior*” (S. *Schmautzer*, § 36).

Según la fórmula consagrada en los asuntos “austríacos”, la garantía de un recurso de “plena jurisdicción” frente a las sanciones administrativas de carácter “penal” implica la posibilidad de *reforma y sustitución de la decisión administrativa impugnada*. Este poder comporta evidentemente un nuevo examen de los hechos y del Derecho aplicable. El simple poder anulatorio del juez administrativo, con reenvío a la Administración para que vuelva a resolver de nuevo el asunto, no satisface la exigencia de un proceso equitativo (“plena jurisdicción”).

Otro hito, aunque por motivos bien diferentes, lo constituye la Sentencia *Malige c. Francia, de 23 de septiembre de 1998*. No obstante lo manifestado por los órganos jurisdiccionales franceses, el TEDH dirá que la retirada de puntos del permiso de conducir constituye en realidad una “pena”, en el sentido del art. 6.1 del Convenio.

En el caso *Malige* lo que realmente estaba en cuestión era la naturaleza jurídica de la “pena accesoria”, la retirada administrativa un determinado número de puntos del permiso de conducir. Los hechos constitutivos de la infracción son apreciados

soberanamente por el juez penal (Tribunal de Policía), el cual adopta la *sanción penal* que considere acorde a la infracción efectivamente cometida; posteriormente, a partir de esta condena, el Ministro del Interior retira de forma automática el número de puntos previsto en la Ley para cada infracción (artículos L. 11-1, 11-2, 11-3; y R. 256, del *Code de la routé*).

En el Derecho interno, tanto en los textos legales como en la jurisprudencia (Corte de Casación y Consejo de Estado), la medida en cuestión aparece contemplada como *una simple sanción administrativa*.

El Tribunal, como antes la Comisión, y no obstante la calificación nacional, dirá que la medida de retirada de puntos del permiso de conducir constituye una “acusación penal”, ya que “reviste (...) un carácter punitivo y disuasorio, asemejándose, por tanto, a una pena accesoria” (S. *Malige*)<sup>5</sup>.

En cuanto a la observancia del art. 6.1 del Convenio, y una vez determinado el carácter penal de la medida, el Tribunal pasará a analizar si las disposiciones del artículo 6 han sido o no respetadas. Cuando una sanción pertenece al ámbito penal debe ser controlada por un tribunal que responda a las exigencias del art. 6 (S. *Óztürk*, § 56; S. *Malige*, § 45).

El Sr. Malige sostiene que no había dispuesto de un recurso de “plena jurisdicción” al prever la Ley una sanción de carácter fijo, que no atribuye ningún margen de apreciación al juez administrativo que ha de controlar la sanción impuesta la Administración, el *quantum* de ésta. (S. *Malige*, § 44).

La pérdida parcial de puntos –dirá el TEDH– estaba subordinada indefectiblemente a la previa determinación de su *culpabilidad* por parte de la jurisdicción penal. Ante el Tribunal de Policía y el Tribunal de Apelación de Versalles –jurisdicciones penales que cumplen las exigencias del art. 6.1– el interesado ha podido negar la existencia de la infracción penal que se le imputa (el exceso de velocidad), así como utilizar todos los medios de defensa de hecho como de Derecho, sabiendo de antemano que la condena penal entrañaría indefectiblemente la retirada de un determinado número de puntos del permiso (S. *Malige*, § 48). Por otra parte, la proporcionalidad de la sanción se encarga de garantizarla la Ley, es la propia norma la que modula las sanciones en función de la gravedad de las infracciones. Por todo ello, el Tribunal concluye afirmando que no ha habido violación del artículo 6 del Convenio.

<sup>5</sup> Nuestro legislador (Ley 17/2005, de 19 de julio), y aquí abrimos un paréntesis, parece no haber considerado la jurisprudencia europea existente acerca del permiso de conducir por puntos. A pesar de que la jurisprudencia *Malige* es inequívoca al respecto, el legislador español define a la retirada de puntos del permiso del permiso –una regulación prácticamente coincidente con el permiso de conducir francés– de medida reeducadora y en ningún caso sancionadora. Nos remitimos en este punto a nuestro trabajo: P. Moreno Trapiella: “Análisis de la regulación española del permiso de conducir por puntos y su confrontación con la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”, *La ley*, de 9 de marzo de 2007.

Sin una justificación demasiado convincente, el Tribunal, en el asunto *Malige*, se aparta de un modo evidente de lo manifestado en los asuntos “austríacos”. Con ocasión del asunto *Malige* se puso de manifiesto la existencia en el seno del Convenio de dos concepciones diferentes acerca de los poderes de “plena jurisdicción”<sup>6</sup>.

El caso *Malige* plantea la cuestión del alcance y el tipo de control judicial de la “penas” que no admiten una verdadera individualización judicial. Las instituciones de Estrasburgo afirman que el demandante había podido ejercitar todos los medios de defensa. Por otra parte, la proporcionalidad de la sanción quedaba garantizada por el propio legislador, la norma gradúa la sanción a imponer (los puntos a retirar) en función de la gravedad de la infracción automovilística cometida.

Para el TEDH, el control jurisdiccional queda garantizado desde el momento en que el interesado puede impugnar la existencia misma de la infracción penal, haciendo valer todos los medios de defensa y no siendo necesario, por tanto, “un control separado y suplementario de plena jurisdicción referente a la retirada de puntos”, habida cuenta asimismo de que la modulación de la sanción viene establecida en la propia Ley (S. *Malige*, § 50). Es cierto que la culpabilidad del infractor había sido determinada por la jurisdicción penal que ofrecía todas las garantías, sin embargo, lo que realmente se trataba de dilucidar era si el juez administrativo, que era al que correspondía controlar la aplicación de la sanción (de retirada de puntos), podía realmente adaptar la sanción a la culpabilidad del infractor, en suma, individualizar la “pena”.

Por otra parte, con relación al control de proporcionalidad, cabe indicar que una cosa es la proporcionalidad abstracta de la pena y otra su proporcionalidad en el caso concreto. La individualización legislativa de la pena, inevitablemente sumaria, no se corresponde con los poderes de “plena jurisdicción” garantizados por el art. 6 del Convenio, al menos, tal como han sido definidos los mismos en los “asuntos austríacos”. Como se ha señalado, en el recurso de plena jurisdicción el “juez ha de poder proceder a adecuar la pena a las circunstancias y al pasado penal del delincuente”<sup>7</sup>.

En todo caso, las instituciones de Estrasburgo dejan irresuelta la cuestión fundamental planteada y que no era otra que determinar si el control de proporcionalidad es inherente a la “plena jurisdicción”. El juez penal había podido determinar la culpabilidad del infractor –si había cometido o no los hechos imputados–, lo que se discutía era si el juez administrativo podía controlar el alcance de la medida de retirada de puntos o, dicho de otro modo, si la pena accesoria era individualizable en función de la culpabilidad de su autor. El Tribunal europeo, a pesar de haber afirmado la calificación de “penal” de la medida, renuncia, “por una cuestión de oportunidad, a sancio-

---

6 Sobre el Dictamen de la Com. EDH, vid. A. Fernández Pampillón: “Legitimidad de la privación administrativa del permiso de conducir (doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre el régimen francés del permiso de conducir “por puntos””, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núms. 1812-13, de 15 de enero de 1998, págs. 19-20.

7 Voto particular de J.C. Soyser al Informe de la Comisión en el asunto *Malige*.

nar un sistema nacional cuya profunda originalidad es instituir una sanción *propia-mente legislativa*<sup>8</sup>.

En efecto, una cosa es proclamar la vigencia del principio de culpabilidad en materia penal como un elemento más de la infracción (dolo o culpa), y otra muy distinta exigir ese principio de culpabilidad en la individualización de la pena, o la facultad del órgano competente para imponer la pena para proceder a la graduación de la misma, en función de las circunstancias del delito y del delincuente particular.

La posterior Sentencia *Ali Göktan*, sigue la tónica apuntada por la Sentencia *Malige* (STEDH *Ali Göktan c. Francia*, de 2 julio 2002).

El Sr. *Ali Göktan* había sido condenado por los tribunales franceses a cinco años de reclusión por un delito de tráfico de estupefacientes, así como al pago de una multa de 1.470.000 francos por un delito de contrabando. La multa llevaba aparejada, en caso de impago, el arresto sustitutorio. Una vez cumplida la pena privativa de libertad, y no habiendo hecho efectiva la multa, el señor *Ali Göktan* continuó en prisión para cumplir el arresto sustitutorio de dos años.

En el Derecho interno, la “ejecución mediante arresto” (arresto sustitutorio) no es una pena sino una forma de ejecución forzosa de las penas de carácter pecuniario, una forma de garantizar el pago de las mismas.

El demandante alega la vulneración del carácter equitativo del procedimiento al no poder el tribunal graduar la duración de la “pena”, por la razón de que la duración del arresto venía establecida de modo taxativo en el artículo 706 del Código de Enjuiciamiento Penal (S. *Ali Göktan*, § 53). Debido al carácter “automático” de la pena, subraya el recurrente, el Juez no dispone de poder de apreciación alguno (S. *Ali Göktan*, § 57).

El Tribunal rechaza este argumento. En realidad, señala, el demandante mezcla dos pronunciamientos judiciales diferentes, la sentencia del tribunal que le impuso la condena principal y la decisión del tribunal que ordenó la continuación de la prisión al objeto de cumplir el arresto sustitutorio (artículo 388 del Código de Aduanas). Por otra parte, la duración del arresto viene fijada en la Ley en función de la importancia de la multa (artículo 706 del Código de Enjuiciamiento Penal).

Con todo, la declaración que mayores consecuencias acarreará pro futuro se produce cuando el Tribunal afirma que: “no existe un precedente en los órganos del Convenio, ni en virtud del artículo 6 ni del artículo 7, que censure el hecho para el legislador de prever una pena fija, o que obligue al Juez a “modular” dicha pena en función de las circunstancias de la causa, más allá de la importancia de la multa im-

8 F. Sudre, *Revue de Droit Public*, n° 3, 1999, págs. 883-886.

puesta. Ello es válido “a fortiori” para una medida que esté vinculada a la vez a una reparación civil y a una sanción penal” (S. *Ali Göktan*, § 58)<sup>9</sup>.

## II. LA INTEGRACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES DEL DERECHO A UN RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN

### 1. La garantía de un recurso de plena jurisdicción frente a las sanciones administrativas: la lección francesa

En el ordenamiento francés, aunque el recurso tradicionalmente previsto para la revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas era el de exceso de poder, en los últimos tiempos, sin embargo, el recurso de plena jurisdicción va ganando cada vez más adeptos<sup>10</sup>.

---

9 Otra muy distinta es, en cambio, la opinión del Juez Loucaides, en su voto particular a esta Sentencia. En su opinión existe una clara violación del artículo 6 del Convenio en el caso *Ali Göktan*. Las disposiciones legales aplicables establecen un período fijo de prisión que impide que el “tribunal” pueda adaptar la pena a las circunstancias del caso. Una disposición penal que, como la impugnada en este caso, prevé una pena de prisión fija de dos años y que debe ser impuesta en todos los casos, cualesquiera que sean las circunstancias, es incompatible con el derecho a un “juicio justo”. Teniendo en cuenta el hecho de que la legislación imponía una pena de reclusión fija de dos años, el Tribunal que impuso la pena no podía adaptar la misma a las circunstancias particulares del caso. Por otra parte, este Tribunal no estaba en condiciones de apreciar si la pena impuesta era realmente proporcional a la gravedad de la infracción. El derecho a un “juicio justo” no se limita a las garantías procesales sino que también se extiende al alcance de la decisión en cuanto al fondo: “La posibilidad que el Juez pueda adaptar la pena a las circunstancias de la causa con el fin de evitar la imposición de una pena injusta o de una duración desproporcionada forma implícitamente parte de la noción de juicio justo en materia penal. Por otro lado, se puede alegar que el hecho de que el legislador establezca penas obligatorias, con la consecuencia de que los tribunales no dispongan de ningún poder de apreciación para adaptar las penas en función de las circunstancias de cada caso, es incompatible con la separación de poderes (S. *Staffordc. Reino Unido*, § 78).

El legislador puede, sin duda, determinar el tipo de pena para cada infracción. Pero al mismo tiempo debe posibilitar que los tribunales puedan tener en cuenta los hechos concretos de los casos que se les someten con el fin de que puedan imponer las penas que consideren justas y adecuadas en el marco de la legislación aplicable. Si los tribunales quedan privados del necesario poder de apreciación que les permita adaptar las penas a los casos concretos, es inevitable que se vean perjudicados en el ejercicio de su misión judicial consistente en aplicar principios represivos y en asegurar las garantías de independencia, equidad e imparcialidad, teniendo éstas como corolario la obligación de evitar imponer sanciones no proporcionadas a la gravedad del delito. El resultado práctico de una legislación como la enjuiciada en este caso es que las penas sean impuestas directamente e “*in abstracto*” en todos los casos, independientemente de las diferencias “de facto”, por el legislador, con desprecio de la obligación de asegurar la equidad de los procesos y del principio de la separación de poderes (Voto parcialmente discrepante que fórmula el Juez Loucaides a la Sentencia *Ali Göktan*).

10 Tradicionalmente, la represión administrativa pertenece al recurso de exceso de poder, en este sentido, C. Mamontoff: “La notion de pleine juridiction au sens de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme et ses implications en matière de sanctions administratives”, *RFDA* n° 5, septiembre-octubre. 1999, págs. 1007-1008; en concreto, Consejo de Estado, Sect., 19 diciembre 1980, *Hechter*, Rec. pág. 488; Sect, 18 marzo 1977, *Dame Meaux*, Rec. pág. 158. Sobre este punto, a diferencia de E. García de Enterría (“La transformación del contencioso-administrativo francés: la reforma radical del sistema de ejecución de sentencias”, *REDA*, n° 68, pág. 593 y ss.), tanto F. Moderne (“Le pouvoir de sanction administrative au confluent des droits internes et des droits européens”), como C. Ferrarj-Breuer (“La contradiction

El Convenio europeo, y en concreto la garantía de un “tribunal” de “plena jurisdicción”, ha sido un factor clave en el desarrollo del *contentieux de pleine juridiction*<sup>11</sup>. La influencia de la “plena jurisdicción” se hace patente, tanto a nivel legislativo, como jurisprudencial (en la jurisprudencia del Consejo Constitucional y de la Corte de casación). El legislador ha impulsado el contencioso de plena jurisdicción, fundamentalmente en el ámbito de las sanciones aplicables en los sectores económico y financiero así como en el Derecho de la competencia<sup>12</sup>.

El desarrollo del recurso de plena jurisdicción ha estado ligado casi siempre en Francia al proceso de liberalización de los servicios públicos. Aunque el control de plena jurisdicción ha ido ganando terreno en el conjunto del contencioso-administrativo, donde mayor auge ha alcanzado ha sido como recurso frente a las decisiones de las “autoridades administrativas independientes”<sup>13</sup>.

Es en este nuevo contexto jurídico en el que adquieren pleno sentido algunas de las novedosas soluciones que aporta el legislador francés en lo tocante al control judicial de la Administración, un control que, por paradójico que pueda parecer, no siempre va a corresponder ya a la jurisdicción contencioso-administrativa. De este modo, la revisión de las sanciones impuestas por el Consejo de la Concurrencia y por la Comisión de las Operaciones de Bolsa se atribuye a la Corte de Apelación de París. Aunque la Ley no ha precisado la naturaleza de los poderes de la Corte en este tipo de procedimientos, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina coincide en señalar que se trata de un *recurso de pleno contencioso ante el juez ordinario*<sup>14</sup>.

---

et le pouvoir de sanction de l'Administration”, *RFDA*, 2001, 38), incluyen el contencioso sancionador dentro del recurso de plena jurisdicción.

11 Vid. J. M. Woehrling: “Le controle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France”, *La Revue Administrative*, número especial n° 7, 1999, pág. 94.

12 Pueden ser citadas, en este sentido, una serie de leyes como la de 2 de agosto de 1989 sobre la seguridad y transparencia del mercado financiero; la de 31 de diciembre 1989, que instaura un recurso de plena jurisdicción contra las sanciones de la Comisión de control de seguros; la Ley de 17 de enero, relativa a la libertad de comunicación, en contra de las sanciones pronunciadas por el Consejo superior del audiovisual; la Ley de 2 de julio 1996, frente las sanciones pronunciadas por la Comisión de operaciones de bolsa; la Ley 2 julio 1996, con relación las sanciones pronunciadas por la autoridad de regulación de las telecomunicaciones.. Es lógico que el mayor avance se haya producido en el ámbito de la competencia y el Derecho económico y financiero dado que son los sectores donde se han desarrollado con mayor intensidad las medidas sancionadoras administrativas.

13 En España, la proliferación de las autoridades administrativas independientes es una tendencia imparable en los ámbitos económico y financiero, sobre todo en los servicios liberalizados (Comisión de las telecomunicaciones, de la energía, de la Competencia, etc.), fenómeno del que no es ajeno el intento de huida del Derecho administrativo.

14 Vid. C. Mamontoff: “La notion...”, págs. 1015-1016. En el caso del recurso contra las sanciones impuestas por el Consejo de la concurrencia: “el juez es, sin duda, *el juge judiciaire* (...) el cual lleva a cabo un contencioso de anulación y de *reforma* de los actos administrativos”; M. C. Boutard-Labarde; Y. Gaudemet: “Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence”, *Petites affiches*, 25 abril 1990, n° 50, pág. 9. El recurso frente a las resoluciones del Consejo de la concurrencia es, como reconoce la doctrina, un recurso *sui generis*: “resolviendo sobre una demanda de reforma, podrá modificar la decisión deferida, por ejemplo en cuanto al montante de la sanción pecuniaria impuesta por el Consejo de la concurrencia, o simplemente anularla”; O. Douvreur, *La Gazeite du Palais*, 22 marzo 1988, pág. 179; A. Van Lang:

En general, la doctrina ha acogido favorablemente la atribución a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de los recursos frente las decisiones de la Comisión de Operaciones de Bolsa<sup>15</sup>.

Se pone de manifiesto, por tanto, una tendencia hacia la atribución a la jurisdicción penal del conocimiento de los recursos frente a las sanciones impuestas por las autoridades administrativas independientes. El legislador confiere al juez natural (juez penal), si no la imposición de la sanción, *al menos su control posterior*<sup>16</sup>.

Con todo, y aunque ciertamente el mayor desarrollo se ha producido en relación a las sanciones aplicadas por autoridades administrativas independientes, la plenitud de jurisdicción emerge con fuerza igualmente cuando se trata de enjuiciar las sanciones de la Administración tradicional, recurso en este caso atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa.

## 2. El concepto de “plena jurisdicción” en la jurisprudencia del Consejo de Estado: los Informes Houdmond y Fatell

Los Informes *Houdmond et Fatell* se refieren a sendas sanciones fiscales, un ámbito en el que en un principio el Consejo de Estado había rechazado que fuese aplicable el art. 6 del Convenio (*Arrêt Bussoz, de 2 junio 1989*). Será por primera vez en el Informe *Méric* cuando el Consejo admitirá la aplicabilidad del art. 6 a las sanciones impuestas por fraude fiscal, las mismas tienen un carácter punitivo y no simplemente reparador del perjuicio ocasionado a la Hacienda Pública.

En el Informe *Houdmond*, el Consejo de Estado debía de pronunciarse sobre dos importantes cuestiones. En primer lugar, si era posible aplicar retroactivamente la

---

*Juge judiciaire et Droit administratif*, LGDJ, Paris, 1996, pág. 62. Una relación exhaustiva de los nuevos recursos de plena jurisdicción frente a las sanciones impuestas a las empresas por la legislación sobre libertad de precios y de la competencia puede verse en R. Chapus: *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París, 1998, págs. 199-200.

<sup>15</sup> Precisamente, muchas de las críticas al proyecto de lo que luego sería la Ley n° 88-1201 (Ley de 23 de diciembre de 1988, relativa a los organismos de inversión colectiva y que regula las competencias sancionadoras de la Comisión de Operaciones de Bolsa), en el curso de la tramitación del proyecto en la Asamblea Nacional fueron perdiendo fuerza a partir del momento en que el Gobierno aceptó que fuera el *juge judiciaire* –y no el Consejo de Estado, como estaba inicialmente previsto– quien conociese de los recursos frente a las decisiones de la Comisión de Operaciones de Bolsa. Cfr. B. Genevois: “Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires. Le Conseil constitutionnel et l’extension des pouvoirs de la Comisión des opérations de bourse (a propos de la decisión n° 89-260 DC du 28 juillet 1989)”, *RFDA*, 1989, pág. 672.

<sup>16</sup> El Consejo Constitucional, en su Decisión de 23 de enero de 1987 (Dec. 86-224), ha admitido la posibilidad de que el legislador pueda transferir al juez ordinario (*judiciaire*) el conocimiento de los recursos frente a las decisiones de una autoridad administrativa independiente. Algunos autores ponen el acento en el carácter excepcional de la excepción a la regla de la competencia “natural” del juez administrativo sobre los actos administrativos; en esta línea, Philippe Terneyre: “La compétence du juge administratif”, *AJDA*, 20 septiembre 2000”.

nueva ley penal más favorable, y segundo, y más importante, si el juez, tomando en cuenta la gravedad de la infracción cometida, podía *modular* el tipo de recargo previsto por la Ley<sup>17</sup>.

El Consejo de Estado niega que el juez administrativo sea competente para proceder a la *reducción* de la pena prevista legalmente. Es la propia Ley la que ha determinado las sanciones según los hechos y ha previsto los recargos correspondientes (*taux de majorations*), recargos que son diferentes según la infracción cometida (80 % por fraude, y 40 % por mala fe del contribuyente). El juez solamente puede *reformular* la decisión administrativa en las condiciones y de acuerdo con los tipos previstos por la Ley, y así podrá sustituir, en su caso, la sanción del 40 % por mala fe por la del 80 % por fraude; lo que no puede hacer es *moderar* la sanción, es decir, rebajar el recargo fiscal al 30, 20 %, etc.

El juez, que ha de realizar un control plenario sobre la calificación realizada por la Administración, debe aplicar el tipo de recargo previsto en la Ley *sin poder modularlo para tener en cuenta la gravedad de la falta cometida por el contribuyente* (Informe Houdmond, de 5 de abril del 996)<sup>18</sup>.

La explicación de las razones por las que el Consejo le niega al juez administrativo la posibilidad de moderar los tipos previstos legalmente la encontramos en las Conclusiones de J. Arrigi de Casanova. Para el Comisario del Gobierno, con la negativa a la reforma no se estaba contraviniendo la jurisprudencia europea que exige un recurso de plena jurisdicción, tal como había sido interpretada en los asuntos “austriacos”. El juez, al sustituir un texto más grave por otro menos grave, está reformando la decisión administrativa (sustitución de base legal). Al mismo tiempo, concluye, “nada de la jurisprudencia actual de la Corte (TEDH) permite deducir que el art. 6 implique la existencia de un poder de *modulación*”<sup>19</sup>.

17 El Consejo de Estado afirma que los recargos de impuestos (*majorations*) por mala fe constituyen una medida de carácter punitivo que, en cuanto tal, debería estar sometida al principio de legalidad de las penas consagrado en el art. 8 de la Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789. Procedía, por tanto, la aplicación de la sanción menos grave a los hechos cometidos antes de su entrada en vigor, siempre que no hubieran dado lugar todavía a sentencias con valor de cosa juzgada. Por contra, la ley penal más favorable no habría de beneficiar a los intereses por mora que son, no una sanción, sino la reparación de un perjuicio sufrido por el Tesoro. Dado que ley nueva más favorable ha de ser aplicada, es el propio juez de impuestos quien sustituye las penalidades resultantes de la aplicación de esta ley a los recargos establecidos por la Administración.

18 La fórmula finalmente acogida es la que señala que: “pertenece al juez de impuestos sustituir las sanciones resultantes de la aplicación de la ley penal más favorable, sin poder modificar los tipos de recargo (*taux de majoration*) previstos por el legislador a fin de tener en cuenta la gravedad de la falta cometida por el contribuyente”. Parecida respuesta a la dada por el Consejo en el caso *Houdmond* ya había sido anteriormente sugerida por el Comisario Arrighi de Casanova en sus conclusiones al Informe *Auto-Industrie-Méric*.

19 Conclusiones del Comisario del Gobierno J. Arrigi de Casanova Informe *Houdmond*. Sobre este fallo vid. C. Mamontoff: “La notion...”, pág. 1020; L. Maublanc-Fernández; J.-P. Maublanc: “Dynamique européenne et résistances internes: propos sur l’application de l’article 6§1 de la Convention européenne des droits de l’homme en matière fiscale”, *RFDA*, 1995, págs. 1181-1188.

En el otro asunto indicado, el informe *Fatell*, el Consejo vuelve a declarar aplicable el artículo 6 del Convenio a las sanciones fiscales, equiparando a estos efectos las sanciones por mala fe del contribuyente y las sanciones por fraude fiscal. Se plantea, de nuevo, la cuestión de la extensión de los poderes de plena jurisdicción, determinar si en el recurso frente a la sanción el juez administrativo puede proceder a la *moderación de los tipos legales*. El Consejo dará al caso *Fatell* una solución idéntica a la del informe *Houmond*: “El juez de impuestos, después de haber realizado un control pleno sobre los hechos invocados y la calificación realizada por la Administración, decide, en cada caso, según los resultados de este control, bien aplicar el recargo al tipo previsto por la ley, sin poder modular éste para tener en cuenta la gravedad de la falta (...), bien si considera que la Administración no ha acreditado que éste sea culpable por fraude, ni hubiera actuado de mala fe, dejar simplemente a su cargo el interés por mora” (Informe *Fatell*, de 8 de junio de 1998)<sup>20</sup>.

No obstante su carácter *objetivo*, los recursos frente a las sanciones fiscales quedan incluidos en el contencioso de plena jurisdicción, lo que significa que el juez dispondrá de amplios poderes; sin embargo, entre los poderes de plena jurisdicción no figura la posibilidad de *moderar* la sanción fiscal.

En los informes *Houmond* y *Fatell*, el Consejo de Estado admite que el juez pueda proceder a la sustitución de *base legal*, pero no a la reducción de la sanción. A diferencia de su homólogo penal, el juez administrativo no puede proceder a la individualización de la sanción.

Al contrario de lo manifestado por el Consejo de Estado, algunos Tribunales administrativos reconocen la existencia de un derecho a la individualización de las penas, derecho que directamente derivan del art. 6 del Convenio.

El Tribunal Administrativo de Estrasburgo señala que entre los poderes de plena jurisdicción figura el que el juez pueda *modular* el alcance de las sanciones fiscales; en concreto, que la sanción resultante del art. 1729 del Código General de Impuestos debe ser considerada como un *máximo*, correspondiendo al juez el análisis de si la misma es desproporcionada (Sentencia *Alphonse Simón c. Directeur regional des impôts d'Alsace*, de 8 de diciembre de 1994)<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, *Fatell*, Conclusiones de Arrighi de Casanova, *Revue de Jurisprudence Fiscale*, 1998, págs. 637 y ss.

<sup>21</sup> El Tribunal administrativo de Estrasburgo considera que “pertenece al juez administrativo apreciar si la sanción resultante de la aplicación del art. 1729 del Código General de Impuestos, cuyas disposiciones deben ser interpretadas en el sentido de establecer el tipo máximo de la pena impuesta, no es desproporcionada teniendo en cuenta los comportamientos manifestados”. Así como que de “la combinación de la Convención con el orden jurídico interno (...) implicaba para él, el poder proceder a un control de la no desproporción manifiesta entre la falta y la sanción aun cuando el carácter automático de la sanción hubiese estado instituida por el propio legislador y [a pesar de] que él no tenía la misión de controlar la conformidad de la misma a la Constitución”. Vid. E. Willemart: “Les amendes fiscales et les droits du contribuable”, *Journal des Tribunaux*, n° 5946, noviembre 1999, pág. 764; J.J. Louis: “Les amendes fiscales et la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue Trimestrelle des droits de l’homme*, n° 33, 1988, pág. 176.

El Tribunal Administrativo de Saint-Denis de la Reunión declara igualmente que, las disposiciones del art. 6.1 del Convenio europeo “confieren (...) al juez de impuestos, tanto en razón del contexto represivo que rodea la imposición de estas sanciones, como del carácter de plena jurisdicción de la demanda, sin perjuicio de los términos del art. 1.729 del Código general de impuestos, *la facultad de graduar la cuantía de la sanción fiscal en función de la gravedad de la infracción cometida por el contribuyente*” (Tribunal Administrativo de Saint-Denis de la Reunión, Sentencia de 17 de diciembre de 1997).

### 3. La Sentencia Corte de Casación francesa *Ferreira c. Direction Générale des Impôts*

En este fallo, sin duda audaz, la Corte de Casación inaplica una norma interna por contraria al Convenio. Lo que demuestra la Sentencia *Ferreira* es que la de plenitud de jurisdicción ha adquirido autonomía propia y discurre en paralelo y con independencia de la propia jurisprudencia del TEDH.

Será la primera vez que, de modo explícito, se hace derivar directamente del art. 6.1 del Convenio la existencia de un derecho a la individualización de las “penas”; la plenitud, entendida en este nuevo sentido, implica que el juez sea competente para proceder a la modulación de la pena prevista por el legislador. El asunto *Ferreira* se produce en el marco de una condena penal, la cual tiene lugar como consecuencia del impago del impuesto que grava los vehículos a motor:

“Atendiendo a que, para descartar la aplicación de la disposición (...), el tribunal retiene que las sanciones previstas por el artículo 1840*quater* del Código general de impuestos resultan de la sola constatación material por la Administración fiscal de la falta de pago del impuesto, independientemente de toda apreciación del comportamiento del contribuyente, y que la decisión de la Administración es susceptible de recurso ante un tribunal.

Atendiendo a que actuando de este modo, mientras que resulta de la jurisprudencia del TEDH que un sistema de recargos sobre los impuestos no contraviene el art. 6 de la Convención siempre que el contribuyente frente a toda decisión así adoptada en contra suya pueda instar un tribunal que ofrezca las garantías de ese precepto; que la multa fiscal prevista por el artículo 1840*quater* del Código general de impuestos constituye una sanción que tiene el carácter de una pena y que esta disposición no ha establecido frente a la decisión administrativa un recurso de plena jurisdicción que permita a un tribunal pronunciarse sobre la existencia y el montante de la multa; resulta, por tanto, que el art. 1840*quater* debe ser inaplicado a la vista del art. 6.1 de la Convención” (Sentencia *Ferreira c/ Direction Générale des Impôts*, de 29 de abril de 1997)<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Tema diferente es determinar cuándo una infracción tributaria pertenece al ámbito administrativo o penal, cuestión por otra parte muy controvertida. La distinción entre sanciones fiscales y sancio-

La responsabilidad penal se deducía del solo hecho de la falta de pago del impuesto dentro de los plazos previstos en la norma<sup>23</sup>. El *Tribunal de Gran Instancia de Bethune* –el órgano frente al que se recurre en casación– había señalado que la multa resulta de la “sola constatación material por la Administración fiscal de la falta de pago del impuesto”.

El *juez fiscal* no puede determinar la existencia y el montante de la multa, en suma, utilizar las técnicas propias del Derecho penal como son las eximentes o atenuantes. La norma hace imposible toda individualización judicial de la pena, es decir, la graduación de la sanción en función de la mayor o menor culpabilidad del contribuyente.

En Derecho penal el juez ha de ser competente para proceder a la modulación la sanción en función del comportamiento, más o menos grave, del contribuyente<sup>24</sup>.

Los poderes de “plena jurisdicción” no se reivindican frente a la Administración, sino frente al propio legislador. Al no permitir el art. 1840 –*Nquater* del Código General de Impuestos un recurso de plena jurisdicción, la Corte de Casación lo declarará inaplicable<sup>25</sup>.

Directamente derivado del art. 6, la Corte ha deducido la existencia de un derecho a la individualización judicial de las penas. Cuando la norma, como sucedía en el

---

nes penales está lejos de ser un tema resuelto en Francia. En efecto, “la jerarquía de intereses protegidos por las sanciones fiscales (intereses financieros del Estado) y las sanciones penales (valores sociales generales) que fundamenta la diferencia de objeto de estos dos tipos de sanciones es discutida. De la misma manera, que el Consejo de Estado estima, a propósito de las sanciones administrativas en general, que se debe, “dejar a un lado toda interpretación según la cual las infracciones penales ponen en causa el orden social general, las infracciones administrativas ponen en causa los intereses de la Administración””; P. Beltrame: “El derecho de la represión de las infracciones fiscales en Francia”, en *VVAA: Principios, derechos y garantías constitucionales del régimen sancionador Tributario (Segundas Jornadas sobre Derecho Constitucional Tributario)*, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, págs. 37-38, en [www.ief.es/Publicaciones/documentos.asp](http://www.ief.es/Publicaciones/documentos.asp).

23 Parecida evolución se ha vivido en nuestra jurisprudencia, de donde de afirmar que “el tipo aplicado (...) sólo exige un elemento objetivo, que es la falta de ingreso en los plazos señalados”, se ha pasado a exigir la concurrencia tanto del elemento objetivo como el subjetivo para la existencia de la infracción (STS de 4 de marzo de 2004). Frente al sistema de imposición de sanciones quasi-automático u objetivo que venía siendo utilizado habitualmente, cada vez cobra mayor vigencia la exigencia del principio de culpabilidad (STC 76/1990). Ha quedado proscrita en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de una *responsabilidad objetiva* en materia de infracciones y sanciones tributarias. La jurisprudencia señala ahora que la omisión de ingreso de una deuda tributaria no implica automáticamente un comportamiento negligente del obligado y, por consiguiente, la imposición de una sanción. Si la Administración tiene todos los datos necesarios para exigir la deuda tributaria debe acudir a un procedimiento de liquidación o de recaudación y no a un procedimiento sancionador.

24 G. Cohen-Jonathan, *Revue Trimestrelle des droits de l'homme*, 1995, pág.120.

25 El principio de prevalencia era hasta ahora, como se sabe, exclusivo del Derecho Comunitario. La necesidad de asegurar la primacía del Derecho comunitario implica que los jueces nacionales han de inaplicar, incluso en el caso concreto, la ley nacional contraria a la norma comunitaria (STJCE *Simmenthal*).

caso *Ferreira*, no incorpora previsión alguna que permita atemperar la sanción, la *preeminencia* del Convenio sobre la legislación interna obliga a la inaplicación de la norma nacional contraria al mismo.

Ahora bien, la pregunta que inmediatamente surge es si el control de proporcionalidad es facultad exclusiva del juez penal o, por el contrario, es inherente también al juez administrativo que conoce de un recurso frente a una “pena”, en el sentido del art. 6<sup>26</sup>.

La solución de la Corte de casación contrasta con lo que viene siendo la postura del Consejo de Estado, mientras que la Corte de Casación establece como causa de “convencionalidad” (admitásenos el neologismo) el que el juez pueda proceder a una individualización de la sanción legalmente, el Consejo de Estado considera que es facultad del legislador asegurar la proporcionalidad de las sanciones.

El Consejo de Estado se ha visto en este punto claramente superado por la Corte de Casación. Aunque el Consejo no explícita sus razones, parece que considera que la proporcionalidad de las penas es un cometido que corresponde en exclusiva del legislador, es la ley la que organiza la escala de penas en función de la gravedad del comportamiento sancionado<sup>27</sup>.

---

26 A propósito del poder de modulación del juez de las sanciones fiscales sería bueno, como dice Renucci, que el TEDH clarificara el debate. En Francia, se ha producido una abierta discrepancia entre la Corte de Casación y el Consejo de Estado, en concreto, entre la sentencia de la primera, de 29 de abril de 1997 y el informe *Fatell* del Consejo de Estado, estimando este último que el caso del art. 1729-1 del Código General de Impuestos que establece una serie sanciones por mala fe o fraude del contribuyente que no es contrario al art. 6 del CEDH; J. F. Renucci: *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, París, 1999, pág. 174 y nota 664. ss. Igualmente, se hace eco de esta clara divergencia jurisprudencial Beltrame: “Esta interpretación [Consejo de Estado] estricta de la ley fiscal y de la Convención Europea no es compartida por la Corte de Casación quien en el caso *Ferreira* de 29 de abril de 1997 recientemente confirmado, estima que para respetar del artículo 6 de la Convención se necesita que el juez del impuesto ejerza los poderes de plena jurisdicción que le permitan *modular* si el caso se presenta la tasa o el monto de la sanción fiscal. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte de casación tiende a asimilar la sanción penal y la sanción fiscal impuesta por la Administración. Esta asimilación trae a discusión, como lo subraya el Comisario de Gobierno Arrighi de Casanova en sus conclusiones anteriormente citadas [*Informe Fattell*] “*el fundamento del régimen de las sanciones administrativas*”. En efecto, si el juez es investido con el poder de modular la sanción fiscal, los contribuyentes se verán tentados a establecer contenciosos para obtener una disminución de la sanción y habrá que preocuparse por la eficacia de la represión, en presencia de un contencioso de masas, que fundamenta los poderes de la administración en el campo de las sanciones”; P. Beltrame: “El derecho de la represión...”, pág. 42.

27 La tesis de que la proporcionalidad le corresponde asegurarla al legislador bajo la supervisión del Consejo Constitucional había sido fórmulada por Arrighi de Casanova en sus conclusiones al Informe *Houdmond*. Según el eminente Comisario, la garantía de proporcionalidad corresponde garantizarla al legislador en el momento de la tipificación de la sanción y no al juez en el momento de aplicar la ley. Al mismo tiempo, el propio legislador habría previsto una gradación en función de la gravedad de la infracción cometida. A tenor de los criterios desarrollados por la propia jurisprudencia del Consejo el deudor que, a sabiendas, modifica su declaración, es decir, el culpable de mala fe, deberá soportar una sanción del 40 %. Si, por el contrario, se ha valido de simulaciones destinadas a dificultar el poder de control de la Administración, es decir, si ha sido encontrado culpable de fraude, el tanto por ciento viene fijado en el 80 %. La conclusión a la que llega es que no cabe reivindicar poderes de plena jurisdicción frente al legislador (Conclusiones

Cualquier análisis que se haga del Derecho positivo francés (los ejemplos de los artículos 1840 *Nquater* y art. 1729 del Código general de impuestos son suficientemente ilustrativos) muestra como la norma no siempre va a asegurar que la pena sea proporcionada a la infracción cometida. Aunque el legislador establezca penas distintas dependiendo de la gravedad de la infracción, no puede contemplar en la tipificación de las conductas una serie de circunstancias que sólo el juez, en el momento de analizar la concreta infracción, puede conocer.

La Sentencia *Ferreira* deja traslucir un movimiento de mayor calado que podría desembocar finalmente en el reconocimiento de un derecho a la *individualización judicial de las sanciones*. Por otra parte, este fallo confirma que el concepto de “plena jurisdicción” trasciende a la dicotomía *excés de pouvoir-plein contentieux* característica del contencioso-administrativo francés. El derecho a un recurso de “plena jurisdicción” (art. 6) afecta, incluso, al modo en que han de aparecer configurados los tipos penales.

Recapitulando lo anteriormente dicho podemos concluir que el concepto de tribunal de “plena jurisdicción” alude a la existencia de un tribunal competente para poder revisar en todos sus puntos, tanto de hecho como de Derecho, la decisión de un tribunal inferior, o de un órgano de la Administración.

Tratándose de un recurso de “plena jurisdicción” el juez tiene la posibilidad de reemplazar la decisión administrativa por su propia decisión. El juez, *además de poder controlar la adecuación de la sanción a la infracción cometida, debe poder fijar el mismo la sanción sustituyendo a la Administración en caso necesario* (“asuntos austríacos”). El juez ha de poder proceder a la adecuación entre infracción y sanción, con sustitución, en su caso, de la decisión administrativa impugnada.

No obstante su anterior jurisprudencia –especialmente los asuntos “austríacos”–, el TEDH en la Sentencia *Malige* afirma que no forma parte de los poderes que conforman la noción de “plena jurisdicción” la individualización judicial de la pena. En este caso el recurso ante el juez administrativo no era “efectivo” desde el momento en que la propia Ley la que fijaba de un modo definitivo el número de puntos a retirar, y sin dejar ningún espacio a la individualización judicial.

Tras la condena penal, la retirada de puntos del permiso de conducir es adoptada por el Ministro del Interior de forma *automática*. El hipotético control posterior, a cargo la jurisdicción contencioso-administrativa, queda constreñido a la comprobación de que la retirada de puntos es la prevista en la Ley del permiso de conducir. Una vez acreditada por la jurisdicción penal la culpabilidad del infractor, los motivos de

---

de Arrighi de Casanova en Informe *Houdmond*). Ninguno de estos dos argumentos resulta sin embargo plenamente convincente, ya que, como ha señalado Louis: “la exigencia del art. 6.1 de la Convención europea, que puede de hecho ser analizada como la necesidad de una verdadera *individualización de la pena*, al menos con este enunciado no está claramente reconocida por el juez constitucional como uno de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”; J.J. Louis “Les amendes...”, pág.181.

impugnación de la decisión administrativa quedan limitados al control de los aspectos formales o procedimentales. La Ley establece un baremo fijo que no deja margen de apreciación alguno al juez contencioso, éste no puede modular la retirada de puntos del permiso de conducir, en definitiva, individualizar la “pena”.

Ni el juez penal que aplica la pena principal ni, por supuesto, el juez contencioso-administrativo que pueda conocer de un eventual recurso frente a la decisión (de carácter sancionador) del Ministro del Interior de retirar un número determinado de puntos del permiso de conducir, pueden modular la retirada de puntos del permiso. Elaborado por el TEDH, el concepto de plena jurisdicción ha adquirido nuevas significaciones cuando ha sido aplicado por algunas jurisdicciones internas. En efecto, el concepto de tribunal de “plena jurisdicción” ha sido objeto de una interpretación enriquecedora, a la par que clarificadora, por parte de la Corte de Casación francesa en la celebre (y celebrada) sentencia *Ferreira*. En esta ocasión la Corte de Casación declara inaplicable el art. 1840*quater* del Código General de Impuestos –por contrario al art. 6 del CEDH–, precisamente por no posibilitar una verdadera individualización judicial de las penas.

La calificación penal de una determinada infracción, en el sentido del art. 6.1 del Convenio, entraña la necesidad de instaurar un recurso en el cual el juez pueda individualizar *la sanción en función de la gravedad del comportamiento del infractor*.

No ofrece duda que entre los poderes inherentes de “juez penal” figura el que pueda proceder a *individualización* de las penas en función de las circunstancias de la infracción, de la personalidad del autor y, en el supuesto de imposición de multas, determina el importe de las mismas teniendo en cuenta igualmente los recursos y cargas de la persona; la ley no fija el *mínimum* sino solamente el máximo de la pena.

El Consejo de Estado se resiste a atribuir al juez administrativo un poder que comporte la posibilidad de modulación de las “penas”. El sistema de *modulación* de la pena por el juez administrativo, como subraya el Comisario J.C. Martín, avocaría a un control completamente nuevo. Desde el momento en que acoge elementos propios del Derecho penal tales como la toma en consideración de circunstancias atenuantes como la ignorancia, la buena fe, el análisis de los recursos económicos del contribuyente, el Derecho administrativo sancionador se asimilaría al Derecho penal, ahora bien, esta evolución conduciría a una *puesta en cuestión todo el Derecho administrativo sancionador francés*. Llevada a sus últimos extremos, la “plena jurisdicción” conduce a la asimilación de las garantías del proceso penal y administrativo sancionador. Paralelamente al acrecimiento del poder represivo de la Administración ha tenido lugar subordinación de este poder a las garantías constitucionales y convencionales tradicionalmente reservadas al Derecho penal. A las sanciones administrativas se les aplica cada vez más el Derecho penal, lo que contribuirá indefectiblemente a una redefinición de los poderes de un juez, el administrativo, que aplica un Derecho *materialmente penal*<sup>28</sup>.

28 Vid. C. Mamontoff: “La notion...”, pág. 1021.

La fórmula adoptada en los asuntos “austríacos” según la cual el juez debe disponer del poder de “reformular en todos sus puntos, de hecho como de Derecho, la decisión tomada”, supone una condena explícita del *excés de pouvoir* francés. Pero no es simplemente el *excés de pouvoir* el que sale mal parado de la confrontación con la jurisprudencia europea sino, en general, el papel del juez frente a una potestad, la sancionadora, que desborda las funciones tradicionales de la Administración. La potestad sancionadora constituye una anomalía jurídica, los actos punitivos deberían pertenecer al juez y más específicamente al juez penal<sup>29</sup>. Una decisión que es adoptada por la Administración aun cuando ella debería ser de la competencia del juez penal, al menos ha de ser objeto de un recurso *ante un juez con los poderes sino idénticos si similares a los que tradicionalmente corresponden al juez penal*<sup>30</sup>.

### III. LA APLICACIÓN DEL ART. 6 EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Ha sido recientemente cuando ha empezado a plantearse la posible aplicación del art. 6.1 del Convenio a los procedimientos administrativos de carácter sanciona-

---

29 La existencia de una potestad administrativa sancionadora autónoma en manos de la Administración ha provocado desde siempre en la doctrina no pocos reparos ideológicos, al considerarse que la facultad de imponer penas era exclusiva de la jurisdicción, y de la jurisdicción penal por más señas. Desde la lógica del sistema de separación absoluta de poderes la potestad punitiva debería quedar exclusivamente en manos de la jurisdicción, del Poder Judicial, esto fue lo que sucedió en Francia, donde, a partir de la Revolución las potestades sancionadoras pasaron íntegramente a los Jueces. En España, en cambio, fueron retenidas en manos de la Administración importantes facultades punitivas. Como ha señalado Parada: “ninguna Constitución española, desde 1812 hasta aquí, se había atrevido a reconocer y santificar el poder punitivo de la Administración como lo ha hecho el artículo 25 de la de 1978 (...)”. Este reconocimiento, insólito en el Derecho Constitucional comparado, ha originado que las sanciones administrativas (...) hayan salido del régimen de tolerancia constitucional”; J.R. Parada Vázquez: *La Administración y los jueces*, Editorial Jurídica Venezolana/Marcial Pons, Caracas-Madrid, 1988, págs.300-301, ahora puede verse en J. R. Parada Vázquez: *Derecho administrativo I (parte general)*, Marcial Pons, 1998, págs. 505 y ss. El profesor García de Enterría había afirmado que tras la Constitución la imposición a los ciudadanos de penas o medidas análogas por su contenido (distingue las sanciones de autoprotección de las de protección del orden social general) *ha quedado reservada en exclusiva a los jueces*: “En cualquier caso ha de quedar garantizada la “tutela efectiva” ante los Tribunales, bien ante los Tribunales penales, bien ante los de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero en este caso mediante un procedimiento específico para dar paso a la tutela efectiva, que supone el carácter inicialmente suspensivo del recurso y la posibilidad por el juez de un enjuiciamiento directo (y no meramente revisor del juicio previo de la Administración y sobre las solas pruebas aportadas por ésta) de la infracción y de la sanción correlativa”; E. García de Enterría, *Apud J. Suay Rincón: Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 38.

30 Con ocasión de los asuntos “austríacos”, en opinión de Moderne, el TEDH ha condenado expresamente aquellos sistemas que, como sucede en el caso francés, prevén simplemente un recurso de exceso de poder frente a las sanciones administrativas. La fórmula según la cual el juez debe poder “reformular en todos sus puntos, de hecho como de derecho, la decisión adoptada”, supone una censura explícita del recurso de exceso de poder; F. Moderne: “Le *pouvoir de sanction administrative* a confluent du droit interne et droits européens”, *RFDA* 1997, pág. 20.

dor<sup>31</sup>. La cuestión se ha suscitado en Francia en relación a la potestad sancionadora ejercida por las llamadas “*autoridades administrativas independientes*”.

El Consejo de Estado había rechazando siempre aplicar el art. 6 del Convenio al procedimiento administrativo sancionador, por considerar que este precepto solamente es exigible en los procedimientos judiciales. El art. 6 del convenio –afirma el Consejo– no contiene ninguna regla que gobierne la elaboración o la imposición de sanciones, cualquiera que sea la naturaleza de las mismas, por las autoridades administrativas designadas por la ley, este precepto se aplica a la impugnación ante las jurisdicciones competentes de la sanción impuesta (Consejo de Estado, 31 de marzo de 1995, *Auto-Industrie-Méric*, AJDA 1995, pág. 739).

La clara y precisa doctrina *Méric* se quiebra, sin embargo, en el *Arrêt Didier*. El Consejo de Estado admite la invocabilidad del art. 6 del Convenio en procedimiento seguido ante el Consejo de Mercados Financieros, un órgano que “no es una jurisdicción desde el punto de vista interno”, y ello a pesar de que las resoluciones de este órgano “administrativo” eran “objeto de un recurso de pleno contencioso” ante el propio Consejo de Estado. A partir de este capital fallo se podrá exigir el cumplimiento de las garantías consagradas en el art. 6 del Convenio en el procedimiento administrativo sancionador. Este precepto será aplicable a los procedimientos sancionadores seguidos ante una “autoridad administrativa independiente” siempre que resulte afectada una de las garantías fundamentales consagradas en el art. 6 como, por ejemplo, la falta de imparcialidad del órgano sancionador.

### 1. La aplicación del artículo 6 a las llamadas “jurisdicciones administrativas especiales”

En un principio, el art. 6 del Convenio solamente era exigible en los procedimientos jurisdiccionales. Realmente no es que el art. 6 se aplique solamente a los procedimientos jurisdiccionales, lo que sucede es que las garantías consagradas en el mismo no son exigibles en todas las instancias del procedimiento, a condición de que con posterioridad exista un recurso de “plena jurisdicción” (*SS. Le Compte*).

---

<sup>31</sup> Hasta hace poco tiempo, esta cuestión en países como Francia habría parecido absurda. El término “tribunal”, que tiene ciertamente un sentido “autónomo”, no puede designar a la Administración. Parecía evidente, por tanto, reservar la aplicación de esta disposición en el estado de la impugnación de la medida ante un juez. Pero el desarrollo constante de la potestad sancionadora de la Administración ha hecho que este interrogante haya surgido con fuerza. Vid. C. FERRARI-BREEUR: “La contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration”, *RFDA*, 2001, pág. 38. El Consejo de Estado en el *Arrêt Maubleau*, de 14 de febrero de 1996 –ampliando de este modo el estándar mínimo fijado por el TEDH–, ha declarado aplicable el art. 6.1 a las jurisdicciones disciplinarias, así va a exigir el carácter público de la vista durante la primera instancia del procedimiento disciplinario. Sin embargo, el Consejo de Estado afirma –al menos hasta finales de la década de los noventa {*Arrêt Didier*}– que el art. 6 no es exigible en los procedimientos administrativos, el derecho a un “proceso equitativo” que consagra el referido precepto sólo es exigible los procedimientos jurisdiccionales.

Las importantes diferencias existentes entre los distintos sistemas jurídicos que conviven en el seno del Consejo de Europa hace que la determinación de cuándo un órgano concreto es “un tribunal” sea una tarea especialmente compleja<sup>32</sup>.

En los ordenamientos jurídicos francés y belga unos mismos órganos, dependiendo de las funciones que ejerzan, unas veces tienen la consideración de administrativos y otras, en cambio, de jurisdiccionales.

El Consejo de Estado de señalar que el artículo 6 no es de aplicación a las instancias o “jurisdicciones administrativas especiales”<sup>33</sup>, pasó a afirmar la naturaleza jurisdiccional de la decisión adoptada por la *Comisión central de ayuda social*, un órgano que cuando conoce de una demanda de recuperación de una ayuda social está resolviendo una contienda relativa a derechos y obligaciones de carácter civil {*Arrêt Département de l' Indre*, de 29 julio 1994).

El siguiente paso lo dará el Consejo en el *Arrêt Maubleu*. Se impugnaba el Decreto de 27 de noviembre de 1991, por el que se regulaba el ejercicio de la abogacía, por el motivo de la falta de publicidad del procedimiento disciplinario colegial. El Consejo de Estado abandona expresamente aquella posición de rechazo a la aplicación del art. 6 del Convenio a los procedimientos disciplinarios.

Expresamente desautorizado en la sentencia *Diennet*, el Consejo declara aplicable el art. 6.1 del Convenio a los procedimientos disciplinarios colegiales. El Consejo rectifica de este modo la jurisprudencia *Debout* y *Subrini*, fallos en los que había rechazado aplicar art. 6.1 del Convenio a las “jurisdicciones disciplinarias” y, más en

---

32 Por otra parte, el concepto de “tribunal” con el que opera el TEDH es extenso y que comprende a ciertos órganos que nunca calificaríamos de Tribunales en España. Cabe mencionar a órganos disciplinarios como el Consejo Provincial de la Orden de Médicos en Bélgica, el de apelación (*S. Albert y Le Compte*), órganos que pueden imponer sanciones y contra los que solamente cabe, una vez agotados todas las instancias disciplinarias, el recurso de Casación ante un órgano “judicial”. El Consejo del Colegio de Abogados de Amberes (*S. H. c. Bélgica*). O los Consejos regional y nacional de Colegios médicos de Francia (*S. Diennet*); vid. J. R. Noreña Salto: “El derecho a un proceso con todas las garantías: art. 6.1 CEDH”, *Estudios Jurídicos– Ministerio Fiscal*, V. 2000, págs. 122-123. En el Ordenamiento español existe una diferenciación *a radice* entre órganos jurisdiccionales y otro tipo de órganos (p.e. administrativos), los titulares de los primeros son todos ellos integrantes del Poder Judicial, así nadie considera que sea un órgano jurisdiccional el Tribunal de Defensa de la Competencia o a los Tribunales económico-administrativos. A pesar de que para el ordenamiento comunitario europeo puedan tener la consideración de “órgano jurisdiccional de un Estado miembro” a los efectos de poder plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE. Recordemos que sólo un “órgano jurisdiccional de un Estado miembro” podrá plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE (antiguo art. 177 TCE); pues bien, el Tribunal de Justicia en la sentencia *Asociación Española de Banca c/TDC* de 16 de junio de 1992 (C-67/91, Rec. 1992, págs. 1-4785), asumió la consideración “órgano jurisdiccional” del Tribunal de Defensa de la Competencia.

33 Discrepando abiertamente de lo que venía siendo la interpretación del TEDH, el Consejo de Estado no consideraba que el artículo 6 fuese aplicable a las jurisdicciones disciplinarias (Consejo de Estado, *Arrêt Diennet* de 29 de octubre de 1990), todo ello a pesar de que reconocía que los órganos disciplinarios colegiales tenían naturaleza jurisdiccional (*Arrêts Debout y Subrini*).

concreto, exigir la publicidad de los debates seguidos ante estas jurisdicciones {{Arrêt Maubleau, de 14 de febrero de 1996, AJDA 1996, pág. 403}}<sup>34</sup>.

Directamente inspirado en Derecho europeo de los derechos del hombre, el *Arrêt Maubleau* acaba con el régimen de excepción que representaba el *Derecho disciplinario*, a partir de este momento en el procedimiento seguido ante las jurisdicciones especiales serán obligatorios el conjunto de derechos procedimentales consagrados en el art. 6 del Convenio. Y si esto acontecía con el aspecto “civil” del art. 6 del Convenio, otro tanto ha sucedido en la *vertiente penal*. El Consejo declarará exigible el art. 6 en el procedimiento disciplinario seguido ante la *Comisión bancaria*; el argumento es inequívoco, en el marco de su competencia disciplinaria adopta “decisiones jurisdiccionales” {*Arrêt Société Rivoli Exchange*, de 29 de noviembre 1999}.

Vemos, por tanto, que en el largo proceso hacia la plena vigencia del art. 6, el primer paso fueron las jurisdicciones disciplinarias, un órgano jurisdiccional *sui generis*. Superando las resistencias iniciales, el Consejo de Estado declara exigible el art. 6 del Convenio en los procedimientos que se siguen ante las jurisdicciones disciplinarias. El siguiente paso será, como veremos a continuación, la aplicación del art. 6 a los procedimientos administrativos.

## 2. La aplicación del art. 6 del convenio a los procedimientos administrativos. El Arrêt Haddad de la Corte de Casación

Recientemente, en el Ordenamiento francés, la Corte de Casación y el Consejo de Estado han comenzado a plantearse la posible extensión de derecho a un “proceso equitativo” a los procedimientos administrativos. La brecha la abrió la Corte de casación con el *Arrêt Haddad* y ha seguido su estela el *Arrêt Didier* del Consejo de Estado. Lo que se proclama en estos fallos es la vigencia de las garantías del art. 6 en los procedimientos sancionadores seguidos ante las “autoridades administrativas independientes”.

34 Entre las razones de este importante giro jurisprudencial abordado con la sentencia *Maubleau* un hecho determinante el que el Consejo de Estado se había visto expresa y abiertamente desautorizado en la Sentencia *Diennet* (STEDH *Diennet c. Francia*, de 26 de septiembre de 1995). Este fallo supone por otra parte la condena de la jurisprudencia *Debout-Subrini*, puesto que la Tribunal europeo reconoce el derecho a una audiencia pública a un demandante al cual el Consejo de Estado había denegado ese mismo derecho ante las instancias disciplinarias (Consejo de Estado, *Arrêt Diennet* de 29 octubre 1990). Con mayor rotundidad (y obviando que se trataba de una “jurisdicción disciplinaria”), en opinión de Bandres, la Sentencia *diente* “extiende el principio de publicidad de los debates judiciales a la fase precedente administrativa y, de modo autónomo, al menos en lo que respecta a los procedimientos administrativos sancionadores o disciplinarios, considerando que una vulneración del derecho a una audiencia pública y contradictoria en la fase previa, producida delante de los órganos disciplinarios de la Orden de Médicos, no podría ser objeto de subsanación por la celebración posterior de vista pública en el juicio de casación seguido ante el Consejo de Estado”; J.M. Bandres Sánchez-Cruzat J.M.: *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo)*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 105.

Con una clara inspiración en la jurisprudencia *Imbrioscia* (*Imbrioscia c. Suiza*, de 28 octubre 1993), el *Arrêt Haddad* va a exigir por vez primera el respeto determinadas garantías del art. 6.1 en la fase administrativa del procedimiento, en concreto, la publicidad del procedimiento (Corte de Casación, Cass. 9 abril 1996, *Haddad c/ Agent judiciaire du Trésor*).

Este importante fallo será ratificado por el *Arrêt Oury*. Siempre que desde el punto de vista material se trate de la imposición de una “pena”, existe *la obligación de respetar el principio de imparcialidad en todas las fases del procedimiento sancionador, incluida la fase administrativa del procedimiento* (Cass. 5 febrero 1999, *Commission des Opérations de Bourse c/ Oury et Agent judiciaire du Trésor*). Este razonamiento ha sido reiterado en el asunto *Campenon*, un procedimiento administrativo seguido ante el Consejo de la concurrencia (Cass. 5 octubre 1999, *SNC Campenon Bernard et autres c/ Ministre de l’Economie, des Finances et du Budget*)<sup>35</sup>.

En su interpretación retrospectiva de la Sentencia *Haddad*, el Abogado General Lafortune arroja luz sobre las razones del importante paso dado por la Corte: “las “tolerancias” admitidas en las reglas aplicadas en el curso de una intervención previa de una autoridad administrativa no implican que las garantías fundamentales del procedimiento equitativo y del principio de igualdad de armas entre las partes, previstas por los apartados 2 y 3 del art. 6 de la Convención europea, y que son propios del procedimiento penal (presunción de inocencia, respeto de los derechos de la defensa), *no deban ser efectivamente respetadas por la Administración desde el inicio de la investigación administrativa y durante la fase de adopción de la sanción*” (Conclusiones del Abogado General Lafortune en el asunto *Oury*)<sup>36</sup>.

---

35 Entonces, al establecer el principio de jurisdiccionalización parcial de la actividad administrativa, o extensión de las garantías del art. 6 del Convenio europeo, la Corte de casación deduce por consecuencia que la participación del *rappporteur* en la deliberación de la Comisión de Operaciones de Bolsa y en el Consejo de la Concurrencia era contrario al art. 6 (*COB c/ Oury et Agent judiciaire*). La Corte de Casación considera que las autoridades administrativas titulares de potestades sancionadoras deberán respetar las exigencias del art. 6, *abstracción hecha de los recursos que pueden ejercitarse contra las sanciones impuestas* (S. *Oury*, de 5 de febrero de 1999); J. C. Bonichot: “Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l’homme, de la prevention pour les adaptations a l’adaptation preventivo), *AJDA*, numero especial 2001, pág. 75. Vid. C. Ferrari-Breuer: “La contradiction et le pouvoir de sanction de l’Administration”, *RFDA*, 2001, pág. 40.

36 Cuando, como es el caso, en el sentido de la Convención las infracciones a los reglamentos de una autoridad administrativa, como la COB, son “acusaciones en materia penal” y no “litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil”, es incontestable, señala Lafortune, que las disposiciones reglamentarias relativas al procedimiento seguido para la imposición de estas “punciones” deben satisfacer en todos los aspectos las prescripciones del art. 6 del CEDH. En el caso concreto, el *rappporteur* después de una instrucción efectuada con los medios de acción importantes y con amplias posibilidades de investigación, presenta, sobre los cargos imputados a la persona perseguida, oralmente, su informe. La persona encausada toma conocimiento por primera vez de este informe de instrucción y de acusación así presentado por el *rappporteur* el día de la sesión de enjuiciamiento. No obstante la naturaleza penal, es innegable que las prescripciones fundamentales del art. 6 no son respetadas en el procedimiento previsto a este fin en las disposiciones del Decreto de 23 de marzo de 1990 (el vigente a la sazón en Francia en el momento de los hechos). Entonces, inquiere Lafortune, ¿cómo es posible sostener como hace la COB que el Sr. Oury ha podido hacer valer útilmente sus medios de defensa? El Sr. Oury había tenido conocimiento por primera

Cualesquiera fueren las razones de este importante giro jurisprudencial lo cierto es que, a partir de ahora, *la forma jurídica del órgano que impone la sanción* –administrativa o jurisdiccional– deja de ser el criterio determinante de la aplicabilidad o no del art. 6 del Convenio. No es que la Corte de Casación, en el caso de las referidas autoridades administrativas, haya considerado que se trataba de órganos jurisdiccionales (p.e. *Comisión de operaciones de bolsa*), al contrario, cabalmente lo que afirma es que no es preciso que lo sean para que el art. 6 resulte aplicable.

El Consejo de Estado, aunque inicialmente reacio a extender las garantías de un “proceso equitativo” a los procedimientos administrativos, en el *Arrêt Didier* va a admitir la exigibilidad de las garantías del art. 6 en el procedimiento administrativo sancionador.

### 3. El Consejo de Estado: el *Arrêt Didier*

El Consejo de Estado condicionaba la aplicación del art. 6 a la concurrencia de una doble condición: un requisito material, la existencia de un litigio referido a un “derecho de carácter civil”, o tratarse de una “acusación penal”; y una condición orgánica, que se tratase de un órgano jurisdiccional. Partía de este modo de una estricta separación entre procedimientos contenciosos y administrativos, siendo solamente exigible el art. 6 en los primeros. Ante la alegación de cualquier vicio cometido durante el procedimiento administrativo sancionador, el Consejo respondía siempre con la misma fórmula: la garantía del proceso equitativo queda asegurada con un recurso de plena jurisdicción ante un de un órgano jurisdiccional que ofrezca todas las garantías del art. 6. En la fórmula del Informe *Méric*:

“[el art. 6 del Convenio] sólo es aplicable a contenciosos seguidos ante jurisdicciones cuando ellas deciden sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre acusaciones penales (...) se sigue de esto que el art. 6 no enuncia (...) ninguna regla o ningún principio cuyo campo de aplicación se extienda más allá de los procedimientos contenciosos seguidos ante las jurisdicciones y que gobierne la elaboración o adopción de las sanciones, cualesquiera que sea la naturaleza de éstas, por las autoridades administrativas encargadas por la ley” (Consejo de Estado, 31 de marzo de 1995, *Auto-Industrie-Méric*)<sup>37</sup>.

Todavía más recientemente, el Consejo niega que el art. 6 sea aplicable al procedimiento seguido ante a la *Comisión bancaria*, con el argumento de que este órgano

---

vez del informe del *rapporteur* sobre las infracciones imputadas el mismo día del juicio (conclusiones del A. G. Lafortune en el asunto *COB c. Oury*).

<sup>37</sup> Ciertamente, como señala Bonichot, dado que son numerosas las decisiones que la Administración adopta que son determinantes para derechos y obligaciones de carácter civil, haber dicho otra cosa habría supuesto la aplicación del art. 6 del Convenio al conjunto de la actividad administrativa; J. C. Bonichot: “Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l’homme, de la prevention pour les adaptations a l’adaptation preventive”, *AJDA*, número especial 2001, pág. 75.

tiene carácter administrativo y que no adopta ninguna decisión de tipo jurisdiccional (*Arrêt Vuillimie*, de 21 de febrero de 1997).

La radical separación entre procedimiento administrativo y judicial tiene como lógico corolario el que las garantías del art. 6 del Convenio no puedan ser invocadas en el primero. Esta tesis explicitada por el Consejo de Estado en el asunto *Méric*, ya había sido esbozada por el Gobierno francés en el caso *Sténuít* (Com. EDH *Sténuít c. Francia*)<sup>38</sup>. La doctrina tradicional según la cual el art. 6 del Convenio no es exigible en los procedimientos administrativos es abandonada en el *Arrêt Didier*. El Consejo de Estado va a admitir la exigibilidad de las garantías consagradas en el art. 6 en el procedimiento administrativo, en concreto en el procedimiento seguido ante una “Autoridad administrativa independiente”, el *Consejo de Mercados Financieros*.

Siguiendo la estela de la *S. Imbrioscia*, en la que el TEDH extiende a la fase de instrucción penal las garantías del art. 6, el Consejo de Estado en *Arrêt Didier* declara aplicables al procedimiento administrativo sancionador las garantías fundamentales del derecho a un “proceso equitativo”.

Los principios de igualdad de armas y de imparcialidad revisten tal importancia que deben ser respetados en todo tipo de procedimiento sancionador, sea éste jurisdiccional o administrativo<sup>39</sup>.

El *Arrêt Didier* constituye un auténtico *overruling* jurisprudencial:

“teniendo en cuenta el hecho de que su decisión puede ser objeto de un recurso de plena jurisdicción ante el Consejo de Estado, la circunstancia de que el procedimiento seguido ante el Consejo de Mercados Financieros no sea en todos sus puntos conforme a las prescripciones del art. 6.1 precitado no entraña necesariamente en todos los casos un desconocimiento del derecho a un proceso equitativo; que, no

---

38 El Gobierno francés en el asunto *Sténuít* había sostenido que la sanción pecuniaria infligida por el Ministro de Economía y de Finanzas tenía un carácter administrativo, y que las investigaciones que habían conducido a la actuación de la Comisión de la concurrencia (autoridad administrativa) no constituían actos de policía judicial, de suerte que no estaba en cuestión el fundamento de una acusación penal (art. 6 CEDH). El Gobierno, aunque reconocía que el procedimiento ante la Comisión de la Concurrencia no presentaba un carácter verdaderamente jurisdiccional que ofreciese todas las garantías del art. 6, señalaba que, no obstante, el recurso ante el Consejo de Estado daba a la empresa sancionada la posibilidad de instar el conocimiento de su causa por un juez que cumpla con todas las prescripciones del art. 6 (Com. EDH *Sténuít c. Francia*).

39 Esta solución inédita en la jurisprudencia del Consejo de Estado, e inimaginable simplemente hace unos pocos años, lo que hace es introducir en el procedimiento administrativo sancionador algunas de las garantías del “procedimiento equitativo”. Con este fallo, sin duda audaz por el avance que representa, el Consejo de Estado viene a coincidir con la posición de la Corte de Casación (Cass. 9 abril 1996, *Haddad c/ Agent judiciaire du Trésor*). El *Arrêt Didier*, es una decisión particularmente interesante porque la medida ha sido tomada no por una autoridad administrativa clásica sino por una autoridad administrativa independiente. Hasta este *Arrêt*, el Consejo de Estado juzgaba que estas últimas no estaban concernidas por el art. 6.1 y que, por tanto, no había lugar a calificar las sanciones desde el punto de vista de esta disposición; vid. C. Ferrari-Breuer: “La contradiction et le pouvoir de sanction de l’Administration”, *RFDA*, 2001, pág. 38.

obstante – y aun cuando que el Consejo de Mercados Financieros no es una jurisdicción a la vista del Derecho interno– la queja de que él habría actuado en condiciones que no habrían respetado el principio de imparcialidad enunciado en el art. 6.1 puede, a la vista de la naturaleza, a la composición y a las atribuciones de este órgano, ser útilmente invocada en apoyo de un recurso instado ante el Consejo de Estado en contra de su decisión” (*Arrêt Didier*, de 3 de diciembre de 1999)<sup>40</sup>.

Aun reconociendo que el Consejo de mercados financieros “no es una jurisdicción desde el punto de vista interno”, el Consejo de Estado admite que sean invocables en el procedimiento sancionador seguido ante el mismo las garantías consagradas en el art. 6 del Convenio, “a la vista de la naturaleza, composición y atribuciones de este órgano”.

Ahora bien, la aplicación de las garantías del “proceso equitativo” al procedimiento administrativo sancionador requiere de una doble condición: primero, ha de tratarse de una autoridad administrativa independiente, una “quasi-jurisdicción” y, segundo, de un vicio de particular gravedad, como por ejemplo, la falta de imparcialidad en el órgano que impone la sanción.

Por tanto, el art. 6 del Convenio resulta aplicable siempre que se trate de una “acusación penal” (elemento material), no siendo preciso que se trate de un tribunal (criterio orgánico), un requisito que hasta el *Arrêt Didier* el Consejo de Estado había venido exigiendo inexcusablemente.

El recurso a un principio general permite la aplicación de un derecho fundamental (art. 6.1), sin sujetarse de un modo estricto a los criterios de aplicabilidad definidos por el Tribunal de Estrasburgo. Este importante fallo supone, de hecho, la superación de la tesis tradicional según la cual la existencia de un recurso de “plena jurisdicción” convalida todas las deficiencias de la previa fase administrativa.

A partir de este capital fallo va a ser perfectamente posible invocar las garantías del art. 6 en los procedimientos administrativos de carácter sancionador. La existencia de un recurso de plena jurisdicción no significa quede sanado cualquier vicio cometido durante el procedimiento administrativo sancionador.

Queda de este modo rebasada la jurisprudencia europea que admite que el primer grado de control corresponda a órganos no propiamente jurisdiccionales (la garantía de un “tribunal”), siempre que estos órganos estén sometidos a un posterior control de “plena jurisdicción”.

El nuevo sesgo tomado por la jurisprudencia de la Corte de casación y del Consejo de Estado ha sido, en general, favorablemente acogido por la doctrina, por el avan-

---

<sup>40</sup> A pesar de que, recordémoslo, en este caso, el Consejo rechaza que se hubiera vulnerado el principio de imparcialidad en el procedimiento seguido ante el CMF.

ce que supone en el camino hacia la *edificación de un principio de imparcialidad en el procedimiento administrativo. La otrora radical distinción entre los procedimientos jurisdiccionales y administrativos aparece ahora totalmente difuminada.*

No han faltado, sin embargo, voces discordantes. La crítica más generalizada es la que afirma que la nueva doctrina jurisprudencial atenta contra el principio de separación de poderes. Al aplicar el art. 6.1 en la esfera no contenciosa, el *Arrêt Didier* desconoce *la estricta separación existente en Derecho francés entre actividad administrativa y jurisdiccional*, abordando un proceso de *jurisdiccionalización parcial de la actividad administrativa*<sup>41</sup>.

En esencia, pues, para un sector de la doctrina administrativa francesa no es el *procedimiento administrativo el que debe ser modificado sino el procedimiento judicial*, el solo argumento de la Sentencia *Imbrioscia* no justificaría el cambio de criterio.

Pero, cuestionar la aplicación del art. 6 del Convenio basándose en la propia literalidad de la jurisprudencia europea –la existencia de un recurso de “plena jurisdicción” sana los vicios cometidos en el procedimiento administrativo–, lo que hace es situar a la jurisprudencia europea como *estándar máximo de protección*. El *Arrêt Didier* va más allá de la propia jurisprudencia europea, no se conforma con la sola existencia de un recurso de plena jurisdicción; en realidad, lo que está haciendo es aplicar a los procedimientos sancionadores el mismo rasero que a los procesos jurisdiccionales.

#### 4. El alcance y repercusiones del *Arrêt Didier*

El Convenio se enfrenta con modelos punitivos muy heterogéneos, las diferencias van desde el sector del ordenamiento desde el que se regulan las sanciones (penal o administrativo), al procedimiento seguido para su imposición (procedimiento penal o administrativo); en unos sistemas jurídicos la potestad sancionadora viene atribuida constitucionalmente a los órganos jurisdiccionales, en otros, en cambio, viene atribuida a la Administración. Cuando una sanción ha sido impuesta por un órgano jurisdiccional, el art.6 se aplica pura y simplemente. Inicialmente, el TEDH admitía que no se exigiese el cumplimiento del art. 6 en el primer estadio del procedimiento siempre que estuviera previsto un recurso de plena jurisdicción (*SS. Le Compte*). Sin embargo, en los procedimientos jurisdiccionales, a partir de la Sentencia *De Cubber*, el

---

41 Al exigir en el procedimiento administrativo las garantías jurisdiccionales consagradas en el art. 6, desde la perspectiva constitucional interna considera una parte de la doctrina francesa que se estaría poniendo en cuestión el principio de separación de poderes. Por otra parte, se añade, no puede afirmarse que desde jurisprudencia europea se promueva *la jurisdiccionalización de la actividad administrativa*. Bien al contrario, la separación de la Administración y del juez se justifica por el derecho a un “tribunal” y no el derecho a una jurisdiccionalización de todo contencioso; véase L. SERMET: “Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l’homme”, *RFDA*, 2000, págs. 1062-1063 (crónica).

TEDH va a exigir el cumplimiento de las garantías consagradas en el art. 6 desde la primera instancia del procedimiento.

Cuando la potestad sancionadora está atribuida a la Administración, la garantía de un “proceso equitativo” sólo podrá alcanzarse en el ulterior proceso contencioso-administrativo. La Corte de Casación francesa va más allá de la propia jurisprudencia europea, pues considera que cuando ejerciten potestades sancionadoras administrativas los órganos y las autoridades administrativas deben respetar las garantías consagradas en el art. 6, abstracción hecha de los recursos que puedan ejercitarse contra las sanciones impuestas (*Arrêt Oury*).

El Consejo de Estado, aunque inicialmente reacio a aplicar el art. 6 a los procedimientos administrativos, ha admitido finalmente esta posibilidad. Teniendo en cuenta la importancia de las facultades sancionadoras de que gozan determinadas autoridades administrativas, unido al hecho de que los procedimientos seguidos ante las mismas pueden ser determinantes para la decisión a adoptar, determinados aspectos del art. 6 pueden ser útilmente invocados “a la vista de la naturaleza, la composición y las atribuciones de este órgano (CMF)” (*Arrêt Didier*).

La fórmula adoptada en el *Arrêt Didier* ha sido confirmada en el *Arrêt Société Habib Bank Limited*. Se trata en este caso de un “órgano administrativo que, a la vista de su naturaleza, de su composición y de sus atribuciones, puede ser calificado de tribunal en el sentido del art. 6.1 de la Convención” (*Consejo de Estado, Arrêt Société Habib Bank Limited*, de 20 de octubre de 2000).

Igualmente, en el procedimiento sancionador de que conoce otra autoridad administrativa independiente, la *Comisión de control de seguros*, el Consejo de Estado vuelve a declarar exigible el principio de imparcialidad, cuando la *Comisión de control de seguros* impone sanciones de naturaleza “penal” está realizando una función jurisdiccional (*Arrêt Cristian Laurent*, de 28 de octubre de 2002).

El *Arrêt Athis* actúa como contrapunto y fija los límites a la nueva doctrina. La sociedad *Athis* había impugnado la decisión por la cual la *Comisión de operaciones de Bolsa* (COB) le había retirado la autorización para operar en el mercado bursátil. Pues bien, en esta ocasión, el Consejo de Estado niega que sea exigible el cumplimiento del art. 6 en el procedimiento administrativo seguido ante la *Comisión de operaciones de Bolsa*, a pesar de que la medida en cuestión podía “afectar a derechos y obligaciones de carácter civil” de la referida sociedad (*Arrêt Athis*, de 22 de Junio de 2001).

La diferente solución a la que llegan los *Arrêts Athis* y *Didier* confirma que el Consejo de Estado reserva la aplicación del art. 6 para los procedimientos administrativos sancionadores.

Un mismo órgano administrativo –una misma autoridad administrativa independiente– tendrá naturaleza jurídica diferente según el tipo de las potestades que ejerza.

Cuando la *Comisión de operaciones de bolsa* impone una sanción disciplinaria *aparece contemplada como un “tribunal”*, en el sentido europeo del término, debiendo por tanto respetar el principio de imparcialidad (art. 6.1 del Convenio). Por contra, cuando la *Comisión de operaciones de bolsa* acuerda retirar una autorización o una licencia, en el marco de los poderes de policía de que es titular, *conserva su calificación de “autoridad administrativa independiente”* que es, por otra parte, la que le ha atribuido el legislador francés<sup>42</sup>.

De la lectura de los *Arrêts Didier, Sociétés Habib Bank Limited y Cristian Laurent*, se puede extraer la conclusión de que el Consejo de Estado *pretende construir un corpus de reglas común aplicable al conjunto de órganos titulares de potestades sancionadoras, con independencia de sean de carácter jurisdiccional o administrativo*<sup>43</sup>.

#### IV. EL CEDH Y EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

##### 1. La revisión de las sanciones administrativas

En este momento debemos de tratar de incardinar en nuestro ordenamiento la Jurisprudencia europea en torno al art. 6 del CEDH, en concreto, dentro de ésta, la regla según la cual tratándose del control judicial de las sanciones administrativas de naturaleza “penal” debe existir un recurso posterior de “plena jurisdicción”.

Nuestro sistema sancionador se encuentra directamente concernido por la misma, la mayoría de las sanciones administrativas encajan en la definición de “acusación penal” empleada por el art. 6 del Convenio, y han de ser objeto, por tanto, de un recurso de “plena jurisdicción”. Desde el punto de vista interno, la necesidad de que exista un control plenario de la Administración nos plantea una doble dificultad: por un lado aquella caracterización de la potestad sancionadora de la Administración como discrecional y por tanto insustituible jurisdiccionalmente (cuestión esta que en la jurisprudencia no es pacífica) y; segunda, una determinada comprensión de la separación de poderes según la cual que *el juez no puede imponer sanciones o buscarle cobertura legal en lugar de la Administración*. En realidad ambas cuestiones no son sino dos aspectos diferentes de un mismo problema, ya que una de las definiciones más

---

42 Vid. J. Pralus-Dupuy: “Réflexions sur le pouvoir de sanction disciplinaire reconnu à certains autorités administratives indépendantes”, *RFDA*, mayo-junio 2003, pág. 562.

43 El procedimiento jurisdiccional es una cosa, el procedimiento administrativo, incluso muy formalizado –recuerda Bonichot– otra muy distinta, las decisiones adoptadas en uno y otro caso son sustancialmente diferentes. Por tanto, estas autoridades a que se viene haciendo referencia no se encuentran sometidas al art.6 en su integridad “por la misma razón que ellas no son exactamente tribunales” como ha dicho Devolvé. Respecto a estos órganos colegiados titulares de un poder sancionador, ¿puede hablarse de organismos “cuasi jurisdiccionales”?, pero como señala Bonichot, no existe un *tertium genus*, un órgano es una jurisdicción o no lo es; J.C. BONICHOT: “Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l’homme, de la prevention pour les adaptations a l’adaptation preventive”, *AJDA*, número especial 2001, pág. 75.

habituales de la discrecionalidad es aquella que asocia ésta a las materias reservadas constitucionalmente a la Administración<sup>44</sup>.

Comenzando por el segundo de los aspectos apuntados, lo cierto es que en la jurisprudencia constitucional se afirma con total rotundidad que el juez no puede imponer la sanción (o buscarle cobertura legal) en lugar de la Administración: es más, cuando lo hace vulnera el art. 25 de la CE (así lo ha afirmado enfáticamente la STC 161/2003).

Según el Tribunal Constitucional, no le corresponde a la jurisdicción imponer sanciones sino revisar las impuestas por la administración, por lo que se produce una ilícita asunción de funciones sancionadoras por parte del juez contencioso-administrativo cuando éste procede a completar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración justificando *a posteriori* las sanciones que ésta no haya motivado. El TC nos está retrotrayendo al llamado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y a una concepción estricta separación de poderes según la cual los órganos jurisdiccionales deben limitarse a confirmar o anular los actos administrativos sancionadores pero sin poder configurarlos de manera distinta a la Administración. Concepción ésta que creíamos superada desde hace tiempo.

Es claro que el TC interpreta de un modo diferente a como lo hace el TEDH la separación de poderes y las relaciones entre la jurisdicción y la Administración respecto a la potestad sancionadora. Cuando el TC afirma que la jurisdicción no puede completar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, en realidad le está negando poderes de “plena jurisdicción”, tal como han sido interpretados estos por el TEDH (asuntos “austriacos”).

El otro problema apuntado, es el relativo a la posible contradicción con el derecho convencional europeo a un recurso de plena jurisdicción y una determinada caracterización de la potestad sancionadora de la Administración como discrecional y por tanto insustituible jurisdiccionalmente.

Al enfrentarse ante este problema la jurisprudencia no le ha dado una solución unívoca ya que existen sentencias para todos los gustos y que permiten sostener una tesis y la contraria. Cuando afirma que se trata de una potestad discrecional, el control judicial se limita a confirmar o anular la decisión administrativa pero sin poder sustituirla. Los tribunales afirman que no pretenden sustituir la discrecionalidad administrativa por la judicial y que deben limitarse a anularla si se ha ejercido incorrectamente<sup>45</sup>.

44 Vid. Vid. M. Beltrán de Felipe: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

45 Inicialmente, como había puesto de manifiesto hace mucho tiempo T.R. Fernández (en el año 1974), los tribunales recurren al argumento del carácter revisor de la jurisdicción para impedir la sustitución de la decisión administrativa impugnada. En materia sancionadora cuando se estima el recurso, “por

La jurisprudencia solía admitir la existencia de un *margen de apreciación discrecional* en favor de la Administración en cuanto a la determinación de la gravedad o levedad de las infracciones y, en relación con ello, la graduación de las respectivas sanciones. Ha sido solamente a partir de la década de los noventa del Siglo pasado cuando, cambiando su anterior jurisprudencia, los tribunales empiezan a afirmarse competentes para proceder a la revisión de la concreta disimetría punitiva, sirviéndose para ello, fundamentalmente, del principio de proporcionalidad<sup>46</sup>.

Ahora bien, un sector de nuestra doctrina considera que se extralimita en sus funciones la jurisdicción cuando lleva a cabo un control sustitutivo de la potestad sancionadora. Según esta interpretación el *carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, y sobre todo el art. 71.2 de la LJCA, impide el que los Tribunales, en aplicación del principio de proporcionalidad, no simplemente anulen la sanción sino que procedan directamente a “imponer” la sanción administrativa que juzgan proporcionada<sup>47</sup>.

---

considerar excesiva la sanción impuesta en relación a la falta apreciada [los tribunales] remiten a la Administración la tarea de adecuar la sanción a la nueva calificación de la falta (...) parece darse por supuesto en estos casos (...) que la jurisdicción carece de facultades para sustituir por sí misma la sanción, ya que la elección de ésta, cuando son varias las posibles para un mismo tipo de faltas, corresponde en exclusiva a la Administración”; T.R. Fernández: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 1999, págs. 102-103.

46 El principio de proporcionalidad otorga a los Tribunales un margen de maniobra más que considerable en la revisión de las sanciones administrativas. En estos pronunciamientos “es frecuente encontrar un fallo estimativo del recurso *lo que conlleva la modificación por parte del órgano judicial de la cuantía de la sanción*. No obstante, entre los principios señalados, el principio de proporcionalidad se ha ido asentando paulatinamente –fundamentalmente en la última década– como instrumento judicial más importante de control del ámbito de discrecionalidad en que se mueve la Administración en esta materia”; I. Pemán Gavín: *El sistema Sancionador Español. Hacia una teoría general del las infracciones y sanciones administrativas*, CEDECS, 2000., págs. 271-272. El TS, recuerda López González, “exige para la utilización de la potestad discrecional de la Administración en la cuantificación de las sanciones, que ésta aplique correctamente el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción (SSTS de 2 de febrero de 1998 –Ar. 1296– y de 29 de abril de 1991 –Ar. 3087–), de modo que (...) el importe de la multa guarde la debida proporción con la entidad de la infracción”. En aplicación del principio de proporcionalidad “el Tribunal Supremo exige de la Administración que, en las sanciones susceptibles de graduación, fundamente la decisión con expresa invocación de las concretas razones por las que se impone una determinada, ponderando las circunstancias concurrentes (STS de 14 de febrero de 1997 –Ar. 4799–)”, J. I. López González: “El principio de proporcionalidad en Derecho administrativo”, CDP, n° 5, 1998, pág. 151. En el ámbito disciplinario, como ha recordado Trayter, “hasta fechas recientes, el artículo 20 del anterior reglamento disciplinario estatal consideraba que la Administración poseía la *potestad discrecional* para imponer la sanción más adecuada”: Ahora bien, se ha producido una progresiva jurisdiccionalización, entre otros fenómenos, por la aplicación cada vez mayor del principio de proporcionalidad; J.M. Trayter Jiménez: *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, 1992, pág. 266. Como ha constatado Castillo, la jurisprudencia, superando la corriente jurisprudencial que negaba a los tribunales capacidad para entrar a conocer de la graduación de la sanción impuesta, viene afirmando, basándose en dicho principio de proporcionalidad, la capacidad de los Tribunales para graduar y evaluar el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, basándose en la consideración de que dicha actividad *no es una actividad meramente discrecional* –libérrima, indica la STS de 21 de febrero de 1992– sino, por el contrario, *una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas* y, por ello, susceptible de un control total del supuesto de hecho; A. Castillo Blanco: *Principio de proporcionalidad e infracciones disciplinarias*, Tecnos, 1995, págs. 30-31.

47 En palabras de Lozano, no toda la actuación administrativa relativa a la imposición de sanciones es susceptible de revisión judicial, no lo son así en su totalidad los actos discrecionales, como la determina-

Partiendo de una caracterización eminentemente discrecional a la potestad sancionadora se niega el que los Tribunales sean competentes para proceder a reducir directamente la sanción administrativa, por la simple aplicación del principio de proporcionalidad ya que esta práctica choca “con el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y sobre todo con el art. 71.2 de la LJCA”.

Este sector de la doctrina suele señalar que el control judicial a través de los principios generales del Derecho sólo permite un control negativo o anulatorio, pero en ningún caso habilita un control positivo en el que se indique cuál es la decisión a adoptar, la Administración sigue conservando la posibilidad de optar entre diferentes alternativas todas ellas adecuadas. No obstante, como reconocen estos autores, no es esta la práctica que siguen nuestros tribunales al menos en los últimos tiempos<sup>48</sup>.

---

ción de la cuantía de la sanción, pues, como ha reconocido el Tribunal Supremo, “no es posible negar a la Administración la facultad para aplicar discrecionalmente dentro de los límites que la ley señala, la sanción adecuada (STS de 30 de marzo de 1979, Arz.1470)”. Ello no implica que dichos actos no sean enjuiciables en absoluto, “puesto que como es notorio, lo discrecional no es confundible con lo arbitrario, y porque dentro de ella pueden ejercerse controles sobre su uso proporcionado y racional...”; B. LOZANO: *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1990, pág. 65.

48 El principio de proporcionalidad, corrobora Marina Jalbo, aparece formulado mediante conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción comporta un margen de apreciación para la Administración, esta constatación no impide a los tribunales concluir que “no cabe pensar que dos sanciones diferentes puedan ser igualmente justas”. Se parte, entonces, de aceptar que los conceptos jurídicos indeterminados sólo admiten una calificación. Sin embargo, y dado el grado de abstracción de algunos de estos conceptos, no resultaría tan evidente que admitan una única solución, la concreción de tales conceptos supondrá un margen de discrecionalidad, por mínimo que sea. El mismo Tribunal Supremo ha reconocido en múltiples ocasiones la facultad discrecional de la Administración para optar entre las diversas sanciones previstas legalmente; En ocasiones –denuncia esta autora–, sin mayor justificación, los tribunales sustituyen la multa impuesta por la Administración por la fijada en la sentencia, sin aclarar los motivos del cambio de criterio. A pesar de todo, en algunas ocasiones, los Tribunales reconocen expresamente la discrecionalidad de la Administración para fijar – dentro de los límites establecidos por la norma aplicable– la extensión de la sanción correspondiente a una infracción determinada, con respeto a las exigencias de motivación y proporcionalidad. En ocasiones, “se anulan o modifican sanciones sin aportar fundamentos jurídicos precisos”. Al mismo tiempo se da la circunstancia “de que no existen *numerus clausus* de criterios de proporcionalidad. Cualquier circunstancia que contribuya a la modulación de la sanción podrá ser tenida en cuenta”. Este último dato puede conducir a situaciones de desigualdad, en la medida en que no se valoren las mismas circunstancias en todas las ocasiones. Ciertamente, “no son pocos los riesgos que se derivan de la aplicación del principio de proporcionalidad, por la amplitud con que ésta se lleva a cabo. En primer lugar (...) un evidente riesgo de subjetividad, en la medida en que los criterios a través de los que se actúa la exigencia de proporcionalidad no delimitan claramente la barrera entre el control de legalidad y el control de oportunidad, lo que permite que aquella pueda ser cruzada fácilmente”; B. Marina Jalbo: *El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos (fundamentos y regulación sustantiva)*, Lex nova, 2ª edición, 2001, págs. 252-256. En opinión de Izquierdo Carrasco, el control judicial a través del principio de proporcionalidad sólo excluye negativamente las soluciones desproporcionadas, “pero no indica, al mismo tiempo, positivamente cuál sea la solución más adecuada posible, por lo que si el Tribunal considera desproporcionada la sanción debe anularla, pero no sustituirla por otra. El control judicial de la discrecionalidad administrativa no puede suponer su sustitución por los Tribunales”; M. Izquierdo Carrasco M.: “La determinación de la sanción administrativa”, en VVAAA, *infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, Justicia administrativa, número extraordinario 2001, pág. 255. Se ha comprobado, dice, cómo “la jurisprudencia ha destacado que éste [principio de proporcionalidad] no tiene el alcance de sustituir la discrecionalidad administrativa en el ámbito sancionador, sino sólo de actuar como elemento corrector del exceso legal en que incurra la Administración al aplicar aquella (STS de 10 de julio de 1985, Ar. 3890)”.

En nuestra opinión, la potestad sancionadora, al ser una manifestación del *ius puniendi* y dada la vigencia los principios punitivos generales (culpabilidad, proporcionalidad), termina configurándose como una potestad reglada. Rige aquí un principio de proporcionalidad que es propio del Derecho penal y estrechamente unido al de culpabilidad lo que explica, por otra parte, el que aquí, y a diferencia de lo que sucede en el resto del Derecho administrativo general, dé cómo resultado un control positivo<sup>49</sup>.

Por otra parte, si afirmamos la naturaleza discrecional y por tanto insustituible de la potestad sancionadora parece que existe una contradicción entre nuestro ordenamiento y la jurisprudencia del TEDH, que a propósito del art. 6 exige un control sustitutivo<sup>50</sup>.

La pregunta es si esa contradicción, caso de existir, se produce a nivel constitucional o legislativo, porque dependiendo de donde se situó el conflicto tendrá una solución diferente. En el caso de que el conflicto sea con una norma interna (V.gr. art. 71 LJCA); existe una clara prevalencia en favor del CEDH, que obliga a efectuar una interpretación acorde al mismo y que pudiera llegar, incluso, como ha sucedido en el Ordenamiento francés, a la inaplicación de la norma nacional contraria al Convenio<sup>51</sup>.

---

49 La normal *función negativa* de los principios conoce, en el caso de la proporcionalidad, una importante excepción, la posibilidad de sustitución de resoluciones administrativas sancionadoras en caso de desproporción. En efecto, “uno de los principios estelares del Derecho penal de la modernidad fue el principio de proporcionalidad (...). Las peculiaridades inherentes al sistema jurídico-penal, unido todo ello al cambio de metodología en la imposición de las penas y su filosofía encaminada hacia la reinserción, hicieron que el desarrollo *de nuestro principio sea peculiar y casi autónomo respecto de su situación en el control de la discrecionalidad administrativa* (...). Incluso el papel del juez controlador se ve transformado, permitiendo la legislación que éste proceda a un control *positivo, capaz de sustituir* la decisión adoptada en primer lugar; una situación que en sede administrativa lleva al Tribunal contencioso-administrativo a realizar una sustitución de la resolución administrativa en toda regla. Las diferencias saltan a la vista, hasta el punto que podría hablarse de un principio de proporcionalidad sancionador, propio y autónomo de esta esfera tan relevante del Derecho administrativo, con una jurisprudencia abundante y enjundiosa, pero de exclusiva aplicación en dicho ámbito”; D. SARMIENTO: *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, 2004, págs. pág. 209, nota 3, y 257-258.

50 Como expresivamente se afirma en alguno de los votos particulares a las sentencias del TEDH, sólo existe “plena jurisdicción” el juez que revisa la sanción ha de ser competente para examinar una cuestión “*típicamente discrecional como la de comprobar la debida adecuación entre la infracción y la sanción*”.

51 Como ya se ha apuntado, una de las definiciones más habituales de la discrecionalidad es la que aparece asociada a las materias reservadas constitucionalmente a la Administración. Según esta definición, se altera el reparto constitucional de funciones entre la Administración y el Poder Judicial cuando este último procede a la sustitución de una competencia administrativa discrecional, que es tanto como decir que está reservada constitucionalmente a la Administración. Cuestión completamente diferente es que reconozcamos, que la potestad sancionadora de la Administración además de un problema competencial plantea un problema metodológico, sobre todo, por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Un sector de nuestra doctrina considera que lo que determina el carácter discrecional o no de una decisión es no del carácter reservado (constitucionalmente reservada) de la potestad sino la forma de tipificarse ésta. Según esto, el carácter de la potestad (reglada o discrecional) dependerá del grado de precisión normativa, y como en la tipificación de las infracciones y sanciones se recurre frecuentemente al empleo de conceptos jurídicos indeterminados, la potestad sancionadora es una potestad esencialmente discrecional.

Pero, a diferencia de lo que sucede en la discrecionalidad administrativa propiamente dicha, la discrecionalidad interpretativa que aparece con toda interpretación jurídica es susceptible de revisión en cuanto

## 2. La individualización de las sanciones administrativas

Una de las cuestiones actualmente más controvertidas en el seno de la jurisprudencia del TEDH es si es posible deducir del art. 6 del Convenio la existencia de un derecho a la “individualización” de las sanciones o, como dice la doctrina penalista, la adaptación de la “pena” a las circunstancias de cada delito y cada delincuente particular. En el marco global del art. 6 del Convenio, la función jurisdiccional tiene un contenido esencial que no puede ser limitado ni siquiera por el legislador, lo que sin duda acontece en aquellos supuestos en que éste establece sanciones de carácter fijo. Una vez ha quedado sentado que la aplicación de las garantías conferidas por el art. 6 puede ser exigida incluso en un estadio anterior al proceso (STEDH, *Imbrioscia*), no se puede pretender justificar que, en cambio, un litigio “penal” corresponda su resolución a un poder diferente del Poder Judicial, aunque este poder sea el propio Legislativo.

El legislador debe determinar el tipo de pena para cada infracción, pero al mismo tiempo ha de permitir a los tribunales la toma en consideración de los hechos concretos de cada caso, con el fin de poder pronunciar exactamente las penas que consideren justas y adecuadas en el marco de la legislación aplicable.

Una cosa es la exigencia de que las sanciones en abstracto deban ser proporcionadas, y otra completamente diferente la necesaria individualización de las mismas.

Para el Tribunal Constitucional español el juicio abstracto sobre proporcionalidad de la pena es de competencia del legislador, es a éste a quien corresponde asegurar la consecución del principio de proporcionalidad en el marco de la regulación de la potestad sancionadora. La competencia ha de ser del legislativo y no del judicial, y haciendo prevalecer casi siempre el principio de seguridad jurídica y de “*lex certa*” sobre la necesidad de que las penas sean proporcionadas.

Pero frente a lo que había sido su jurisprudencia anterior, en la que se indicaba que la proporcionalidad de las penas era un cometido que corresponde asegurar en exclusiva al legislador, el Tribunal Constitucional empieza a considerar la vigencia de un derecho fundamental a la individualización de las penas. Un precepto resulta inconstitucional, afirma, cuando no incorpora previsión alguna que permita atemperar la sanción penal a la entidad de actos sancionados. Aunque abstractamente considerada la sanción prevista no sea desproporcionada, la norma resulta inconstitucional cuando el juez no puede graduar la misma en función de las circunstancias del caso, cuando no puede proceder a su individualización (STC 136/99).

Pero mientras que en Derecho penal ya hace más de un siglo que se ha llegado a la conclusión de la necesaria individualización de las penas, en el Derecho administra-

---

al fondo. En el control de la discrecionalidad jurídica los tribunales pueden sustituir a la Administración, pues es a ellos a quienes la Constitución atribuye la función de interpretación de las normas (117.3 CE).

tivo nos encontramos con un panorama completamente diferente. En el Derecho administrativo sancionador no puede decirse que se haya considerado seriamente la vigencia del principio de culpabilidad en la individualización de las sanciones. Dado el pretendido *carácter formal* del ilícito administrativo el principio de culpabilidad no ha desplegado todas sus posibles potencialidades.

En materia de sanciones administrativas la norma no siempre contempla la “posibilidad de moderación de su responsabilidad en aplicación de los criterios de *culpa* y de *proporcionalidad* vigentes en Derecho penal. En efecto, una vez constatado el elemento objetivo contemplado en la norma (p.e. la falta del ingreso tributario dentro de plazo), este sólo hecho ya tiene consecuencias punitivas de carácter automático y a tipo fijo, no previendo la norma ninguna causa de justificación o de atenuación de la respuesta punitiva de la Administración (SSTC 276/2000 y 291/2000)<sup>52</sup>.

---

52 El Supremo intérprete de la Constitución considera en las SSTC 276/2000 y 291/2000 que el recargo previsto legalmente constituye en realidad una sanción encubierta, ahora bien, la razón de la inconstitucionalidad será la falta de previsión del debido procedimiento sancionador. El TC sólo exige que se tramite no un procedimiento administrativo común, sino el procedimiento específico previsto para los sancionadores les resultarán de aplicación las garantías materiales y procesales que se deducen de los arts. 25.1 y 24.2 CE. Esta y no otra razón es la que llevó al TC a declarar la inconstitucionalidad del art. 61.2 LGT al comprobar que, si bien era respetuoso con las garantías de certeza que se derivan del principio de legalidad penal, “no podía considerarse, sin embargo, acorde con las garantías que se deducen del art. 24.2 CE, pues la norma que lo consagra, no sólo no establece expresamente que deba aplicarse respetando estas garantías, sino que, dado su tenor literal, conduce justo a lo contrario, esto es, a su imposición de plano”. Habiéndose aplicado el referido recargo sin respetar las garantías procedimentales propias de los actos de naturaleza sancionadora, se ha infringido con ello el art. 24.2 CE y, en consecuencia, se ha vulnerado su derecho fundamental a no padecer indefensión en el procedimiento administrativo sancionador (STC 127/2002, que se remite a la STC 276/2000).